Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

TABLE DES MATIÈRES

- **Éditorial**

I - Droit Civil

— Guillaume CHAMPY, Le contrat d'abonnement au service téléphonique ou le miroir aux alouettes (de la privatisation des relations de France Télécom avec ses usagers).

II - Droit administratif

— Jean-Claude ACQUAVIVA, L'évolution du statut particulier de la Corse.

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1993 - 1

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

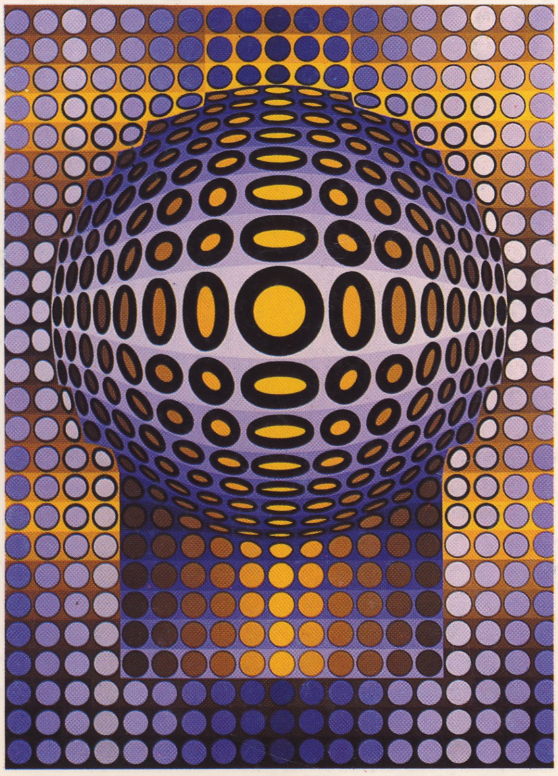


TABLE DES MATIÈRES

- **Éditorial**

I - Droit Civil

— Guillaume CHAMPY, Le contrat d'abonnement au service téléphonique ou le miroir aux alouettes (de la privatisation des relations de France Télécom avec ses usagers).

II - Droit administratif

— Jean-Claude ACQUAVIVA, L'évolution du statut particulier de la Corse.

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1993 - 1

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

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

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

© PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1993

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1993-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVIII - 52 (18ème année - 52e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (+)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

--*-*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1993

Abonnement de Soutien : 600 F
Abonnement (France) : 400 F
Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

- Jean-Claude RICCI, **Éditorial** 9

I - DROIT CIVIL

- Guillaume CHAMPY, **Le contrat d'abonnement au service téléphonique ou le miroir aux alouettes (de la privatisation des relations de France TELECOM avec ses usagers)** 13

II - DROIT ADMINISTRATIF

- Jean-Claude ACQUAVIVA, **L'évolution du statut particulier de la Corse** 61

III - DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

- André ORAISON, **Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées)** 97

IV - PHILOSOPHIE DU DROIT

- Jean-François NIORT, **Formes et limites du positivisme juridique** 157

- Olivier PLAYOUST, **Normativité et légitimité du droit** 193

V - DROIT COMPARÉ

- Jean-Jacques LAVENUE, **L'Islam et les Constitutions algériennes**.... 229

- Sami KALLEL, **La législation tunisienne en matière de réception des programmes de télévision par satellites** 239

VI - MÉTHODOLOGIE

- Olivier LALIGANT, **Indications théoriques et pratiques en introduction à un cours et des travaux dirigés de Droit Civil de 1ère année** 257

VII - VARIÉTÉS

- Frank FARNEL, **Le lobbying : un management en constante évolution** 273

- Raymond TRÉMOLIÈRES, **Formulation mathématique de textes juridiques** 283

VIII - COMMENTAIRES D'ARRÊTS

- Alain BOYER, **Territoire d'outre mer : des ministres nommés sous contrôle du juge administratif (Note sous Conseil d'Etat du 15 janvier 1992)** 291

- Lakhdar BOUMAZA, **Le contentieux de la procédure d'expulsion en urgence absolue (Note sous Tribunal administratif d'Orléans du 4 février 1992)** 301

DES VŒUX POUR RÊVER ...

Si, pour une fois, d'emblée, étaient formulés des vœux auxquels on ne croit pas même si on désire beaucoup qu'ils soient réalisés ? Et si, en dépit du ton badin, on croyait aux vœux qu'on fait mine de formuler pour rien ?

Des vœux pour l'Europe d'abord, qui commence une nouvelle carrière sous le nom de Marché unique, mais pourquoi seulement un "Marché" ? Et l'âme européenne, et la culture européenne, et l'humanisme européen, qu'en fait-on ? Mais des vœux aussi pour une réglementation européenne moins tatillonne, moins "technique" et moins boutiquière. Pour des règles juridiques où passent davantage de démocratie et plus de "souffle".

Des vœux pour nos juges, pour qu'ils soient d'abord plus sereins en 1993 et, ensuite, plus disponibles parce que moins encombrés. A quand le plan ORSEC de la justice, même si ce doit être sous la forme d'un plan Marshall ? Ce grand corps, indispensable à la démocratie comme à la vie quotidienne du peuple, a bien besoin d'une roborative médication.

Des vœux pour notre administration publique, par ailleurs si méritante à bien des égards, pour qu'elle satisfasse toujours davantage les aspirations légitimes des citoyens au service desquels elle se trouve placée. Pour cela, elle doit se doter d'un système de valeurs sûr, c'est-à-dire métaphysiquement fondé et établi, lui permettant de discerner les lignes de force, de séparer le contingent de l'invariable, bref d'édifier une politique qui en soit une.

Des vœux pour notre législateur auquel on a envie, parfois, de crier "Assez !". Trop de lois dans trop de domaines écrasent les spécialistes, déroutent les citoyens et font naître une attitude attentiste : A quand la prochaine loi qui renversera l'édifice construit il y a six mois ? Trop de lois mal faites, mal rédigées, à la syntaxe qui serait plaisante si elle n'était d'abord calamiteuse, avec son contingent de mots obscurs, de tournures faites pour le bonheur des procéduriers et de redondances qui présument hardiment le crétinisme latent du citoyen-lecteur-consommateur de lois. Que 1993 apporte quelque clarté dans l'édification de l'œuvre législative ne serait pas le moindre des mérites d'élections législatives à venir.

Des vœux aussi pour les universitaires, enseignants et étudiants, qui ont bien besoin des grâces de la nouvelle année pour disposer des moyens matériels et des instruments intellectuels nécessaires à la fécondation du monde de demain. C'est dire que le bac en cinq ans et le DEUG à rééditions successives après purgatoire de trois ans, ne vont pas dans le sens d'un "élitisme républicain" qui demeure encore la meilleure recette que l'on reconnaisse pour faire sa place au savoir, au goût du travail bien mené, à la tête bien faite plutôt que bien pleine.

Voilà bien-là, cependant, des propos séditieux dira-t-on. Que voulez-vous, le premier de l'An est un peu folie et il n'est pas interdit de rêver car :

"Nous nous réveillons tous au même endroit du rêve.
Tout commence en ce monde et tout finit ailleurs".
(Victor Hugo, *Les rayons et les ombres*, XXXIV)

Jean-Claude RICCI

R.R.J. 1993-1
Pages 11 à 60

- I -

DROIT CIVIL

LE CONTRAT D'ABONNEMENT AU SERVICE TÉLÉPHONIQUE OU LE MIROIR AUX ALOUETTES

(DE LA PRIVATISATION DES RELATIONS DE FRANCE TÉLÉCOM AVEC SES USAGERS)

Par

Guillaume CHAMPY
Maître de Conférences à la Faculté des Sciences juridiques, politiques et économiques de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

PLAN GÉNÉRAL

I - L'ANALYSE STATIQUE DU CONTRAT

A - L'IDENTIFICATION DES PRESTATIONS OBJET DU CONTRAT

a) Les prestations proposées par le contrat analysées dans leur globalité
1) Les prestations expressément prévues et qualifiées comme telles
2) Les prestations qualifiées d'options aux conditions générales
b) La prestation principale d'accès au réseau téléphonique public
1) La définition de l'accès au réseau téléphonique public
• La notion de réseau téléphonique
• La notion d'accès
2) La situation juridique de France Télécom
• La réforme statutaire de la Poste et de France Télécom
• La réforme de la réglementation des télécommunications

B - LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT

a) Le contrat d'entreprise par abonnement en droit commun
1) Le contrat d'entreprise
2) Le contrat par abonnement

b) Les conséquences pratiques de la définition du contrat d'entreprise par abonnement
1) Le prix et la durée du C.A.S.T.
• Le prix
• La durée
2) La qualification juridique réelle un contrat d'abonnement téléphonique

II - L'ANALYSE DYNAMIQUE DU CONTRAT

A - LA MISE EN ÉVIDENCE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

a) Les prérogatives de France Télécom
1) La situation monopolistique de France Télécom
• Le domaine du monopole
• L'aménagement du monopole
2) Les moyens de coercition dont dispose France Télécom
• Les moyens d'action
• Les moyens de protection de France Télécom
b) Les droits de l'abonné et de ses correspondants
1) Le droit à l'information
• Le droit à être informé
• Le droit de s'informer et de restreindre la diffusion de certaines informations
2) Les moyens d'action limités de l'abonné
• L'aménagement des conditions générales du contrat
• Les moyens reconnus à l'abonné en cas de manquement de France Télécom à ses obligations

B - LA PORTÉE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

a) Le contrôle du contenu du C.A.S.T.
1) La sanction des clauses abusives
• Les principes de protection des clauses abusives en droit français
• L'évolution du droit positif
2) L'application de la théorie des clauses abusives au C.A.S.T.
• Les clauses contractuelles imposées par la puissance publique
• Les clauses contractuelles ne paraissant pas être imposées par la puissance publique
b) Le contrôle de l'exécution du C.A.S.T. ; l'interprétation de la clause limitant la responsabilité de France Télécom
1) La faute lourde en droit commun
2) La faute lourde en droit administratif
3) Les perspectives d'avenir

INTRODUCTION

1 - Il est des monopoles qui ont la vie dure, celui de France Télécom sur le service téléphonique en est un exemple. Puisant leurs origines immédiates dans diverses directives européennes et leurs origines plus lointaines dans le mouvement de déréglementation ayant pris naissance outre-atlantique (sous l'effet notamment du développement des nouvelles technologies de l'information), les lois françaises des 2 juillet et 29 décembre 1990 devaient mettre fin à un monopole presque bi-centenaire (1). S'agissant des télécommunications, ces textes eurent principalement pour objet de créer une nouvelle personne morale de droit public "France Télécom" et d'instituer un régime juridique des télécommunications totalement différent. L'exploitant public France Télécom a dorénavant pour objet d'assurer "tous services publics de télécommunications", d'"établir , de développer et d'exploiter les réseaux publics nécessaires à la fourniture de ces services", et de "fournir, dans le respect des règles de la concurrence, tous autres services, installation de réseaux de télécommunications" (2). Une distinction est désormais instituée au sein des différents services de télécommunications assurés par France Télécom, entre ceux dont elle a l'exclusivité et ceux qui sont ouverts à la concurrence (3).

2 - Cependant, bien que le service téléphonique entre points fixes et le service télex soient soumis au régime du monopole (4), les relations de France Télécom avec ses usagers sont dorénavant régies par le droit commun et les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires (5). C'est ainsi que,

---

(1) Le monopole des Télécommunications remonte à une loi du 2 mai 1837 relative au télégraphe.
Sur la base du livre vert du 30 juin 1987, une série de directives européennes est venue fixer le cadre d'une politique européenne des Télécommunications.
Sur les origines et l'analyse de la loi du 2 juillet 1990 "relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications" (n° 90-568 du 2 juillet 1990, J.O. du 8 juillet, p. 6069) et de la loi du 29 décembre 1990 "Sur la réglementation des Télécommunications" (n° 90-1170, J.O. du 30 décembre 1990, p. 16439), Cf. notamment J.-L. Crozafon, "Les réformes du droit des Télécommunications", supplément de l'ouvrage de J. Huet et H. Maisl, "Droit de l'informatique et des Télécommunications", Litec, 1991, 40 p.
Cf. également J. Chevallier, "La réglementation des Télécommunications", A.J.D.A., 1991, Doctrine, p. 203 et "la mutation de la Poste et des Télécommunications en France", Revue Droit de l'informatique et des télécoms, 1990/3, p. 7 à 27 et 1990/4, p. 43 à 49.
L. Rapp, "La réforme du régime juridique des Télécommunications en France", in Rev. Française de Droit administratif, mars-avril 1991, p. 243 à 265, Lamy, Droit de l'informatique et des télécoms, 1992, n° 1365 à 1489, adde E. Guillaume, "La réforme du statut des Postes et Télécommunications françaises vue du côté de l'opérateur public", in R.T.D.I.T., n° 1990/3, p. 28 à 32.
B. Lasserre (propos recueilli par J. Huet), "Dossier réforme des télécoms", in R.T.D.I.T., n° 1990/4, p. 20 à 24, adde G. Moine, "Les habits neufs des Postes et Télécommunications", Revue française de Droit administatif, 1991, p. 222 à 234.
(2) Art. 3 de la loi n° 90568 du 2 juillet 1990.
(3) On conviendra ici par commodité de désigner France Télécom en tant que personne morale, par le féminin.
(4) Art. L 34-1 nouveau du Code des Postes et Télécommunications (loi du 29 décembre 1990).
(5) **"Les relations de la Poste et de France Télécom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun. Les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature de la juridiction administrative"** (art. 25 de la loi du 2 juillet 1990).
Certains auteurs ont pu s'interroger sur la nature juridique de la notion d'exploitant public en défendant l'idée qu'il s'agissait d'une qualification mixte à cheval sur celle d'établissement public industriel et commercial et d'établissement public administratif (F. Moderne, "Observations sur le concept d'exploitant public et sa place dans l'ordre juridique français", Juris P.T.T., numéro spécial 1991, p. 5 à 16).
Il apparait en réalité que la notion d'E.P.I.C. n'a pas été utilisée en raison de la crainte exprimée par le personnel de perdre son statut de fonctionnaire (F. Moderne, précité, p. 16).
La majorité des auteurs estime cependant que le concept d'exploitant public vise bien un E.P.I.C. gérant un S.P.I.C. (en ce sens notamment J.-L. Crozafon, précité, p. 15 et E. Guillaume, "La réforme des Postes et Télécommunications : le passage du statut d'usager d'un service administratif, à celui de client

depuis le 1er janvier 1991, date d'entrée en vigueur de la réforme (6), l'abonné au téléphone, qui avait jusque-là la qualité d'usager du service public administratif des Postes et Télécommunications, acquiert bien souvent, à son insu, la qualité de client du service public industriel et commercial de téléphonie vocale entre points fixes, géré en exclusivité par France Télécom (7). L'abonné qui était jusque-là soumis aux règles du droit administratif, dans ses relations avec l'administration des Postes et Télécommunications (8) se voit désormais lié avec France Télécom par un contrat soumis aux règles du droit privé.

3 - La situation a été présentée comme largement avantageuse pour ce dernier. L'abonné au téléphone était, en effet, soumis à une situation exorbitante du droit commun et, de ce fait, largement assujetti à l'administration des Postes et Télécommunications. Le contenu du contrat était déterminé par la loi et le règlement, en l'espèce le Code des Postes et Télécommunications, et le prestataire du service téléphonique avait peu de chance de voir sa responsabilité engagée, en raison des nombreuses clauses limitatives de responsabilité qui figuraient au contrat (9). En outre, l'administration des Postes et Télécommunications disposait de mode de recouvrement totalement exorbitant du droit commun, pouvant procéder, notamment, à une exécution forcée sans recours préalable au juge. En tout état de cause, le juge judiciaire, juge de droit commun, était incompétent de sorte qu'en cas de contentieux l'usager se trouvait devant le juge administratif, juge de l'exception qui lui paraissait totalement étranger (10).

4 - À cet égard, le fait que l'usager, désormais "élevé" au statut de client soit dorénavant engagé dans des relations contractuelles de droit commun, devrait opérer un changement radical. Les stipulations contractuelles, désormais matérialisées dans un écrit en principe librement discuté de façon contradictoire par les parties, viendraient ainsi déterminer avec précision les droits et obligations de chacun. En outre, en cas de litige, l'abonné pourrait se tourner vers son "juge naturel", le juge judiciaire. Les règles de la procédure civile, auxquelles est soumis ce dernier, offriraient ainsi un certain nombre d'avantages. En ce sens, celles relatives à la charge de la preuve, en droit privé, seraient particulièrement favorables à l'abonné au téléphone. En effet, dans un tel contexte, il appartiendrait à France Télécom d'établir que le montant des sommes facturées à l'abonné correspond bien à sa consommation effective. En tout état de cause, les différents pouvoirs exorbitants du droit commun, tel celui de résiliation unilatérale ou d'exécution forcée, qui étaient reconnus à l'ancienne administration des Postes et Télécommunications, seraient supprimés de sorte que l'usager, cocontractant de France Télécom, se verrait, de ce fait, placé sur un pied d'égalité avec cette dernière (11).

5 - Il est pourtant permis de se demander si le fait, pour l'abonné, d'être soumis au droit commun, au regard duquel le contrat est censé être tout à la fois "l'œuvre et

---

d'un service public industriel et commercial", in Revue Française de Droit administratif, mars-avril 1991, p. 239 et s.
(6) Art. 1 de la loi du 2 juillet 1990.
(7) Cf. le titre de l'article d'E. Guillaume, précité.
(8) Cf. J.-L. Gauroy, "La nature juridique du contrat d'abonnement téléphonique", note sous C.E. 6 mai 1985, Ricard c/P.T.T. in Juris P.T.T., n° 4, janvier 1986, p. 12 et s.
L'abonnement au téléphone était un contrat administratif qualifié de contrat à contenu légal et réglementaire.
(9) F. Braise, "Les relations des exploitants publics avec leurs usagers : une révolution tempérée", in Juris P.T.T., n° spécial, précité, p. 32 à 39, spéc. p. 35.
(10) Idem.
(11) Idem, p. 34 et 36.

la loi des parties", est nécessairement plus avantageux pour lui (12). En effet, s'il est permis de dire qu'en droit privé, le contrat est bel et bien la loi des parties, peut-on dire en l'espèce qu'il en est l'œuvre commune ? La fiction peut-elle l'emporter sur la réalité ? Telle est la question que l'on peut légitimement se poser en procédant à une analyse statique et dynamique du contrat d'abonnement téléphonique.

I - ANALYSE STATIQUE DU CONTRAT

6 - Le fait que les relations de France Télécom avec ses usagers soient dorénavant soumises au droit privé, malgré la publicité qui a pu en être faite, semble ne constituer, en réalité, qu'un miroir aux alouettes. Le contrat d'abonnement au service téléphonique apparaît à cet égard comme un exemple significatif.

7 - Il est à remarquer tout d'abord que les contours mêmes de la notion de contrat d'abonnement au service téléphonique demeurent flous. En effet, le document intitulé comme tel et mis à la disposition du public par France Télécom ne constitue, en réalité, que l'une des différentes catégories de relation contractuelles susceptibles de lier cette dernière avec ses usagers. D'autres contrats, tel celui de vente ou celui de location d'équipements terminaux, sont également proposés à ces derniers. Or, ces conventions, bien que faisant l'objet de documents distincts, peuvent être considérées comme étant étroitement liées au contrat d'abonnement avec lequel elles ne constituent, en réalité, qu'une seule et même opération économique (13). Il est donc permis de se demander s'il convient de faire une analyse pluraliste de cet ensemble contractuel en décidant que les parties concluent autant de contrat superposés et indissociables qu'il y a de prestations juridiques distinctes ou, au contraire, de procéder à une analyse unitaire, en considérant qu'il s'agit d'un seul et même contrat.

8 - Il semblerait, à cet égard, que la privatisation des relations de France Télécom avec ses usagers, ait eu pour effet de rejeter l'analyse unitaire qui semblait être celle de la jurisprudence antérieure. Les contrats de vente ou de location d'équipements terminaux doivent être considérés, à l'heure actuelle, tant d'un point de vue formel que matériel, comme distincts du contrat d'abonnement au service téléphonique (14).

---

(12) Telle est l'idée première du principe d'autonomie de la volonté qui a pour conséquence de donner force de loi au contrat (Cf. M. Kassem, "L'abus de domination en matière contractuelle : étude comparative", Thèse Aix-en-Provence, 1992, p. 14 et s.).
En tout état de cause, la situation antérieure de l'abonné était tempérée par le fait que le juge administratif compensait sa condition d'assujetti par des pouvoirs d'investigation (Cf. J.-L. Gauroy, précité, p. 12 et s.).

(13) En effet, la location ou la vente d'un appareil téléphonique ou d'un minitel n'a d'utilité véritable pour son destinataire que dans la mesure où elle lui permet l'accès au réseau téléphonique public, lequel constitue la prestation principale du contrat d'abonnement. Il existe donc un rapport de principal à accessoire entre le contrat d'abonnement et les contrats de vente ou de location d'équipements terminaux (sur ce point, cf. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, "Contrats civils et commerciaux", Précis Dalloz, 1991, n° 706, p. 486).

(14) Avant la réforme des 2 juillet et 29 décembre 1990, la jurisprudence semblait considérer que la location d'un appareil téléphonique était incluse dans lla notion de contrat d'abonnement et adoptait donc une conception unitaire de cet ensemble contractuel.
Sur ce point, Cf. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, "Contrats civils et commerciaux", précité, n° 704 à 706, p. 485 et 486.
Depuis le 1er janvier 1991, le document intitulé contrat d'abonnement au service téléphonique (ci-après en abrégé C.A.S.T.) semble définir ses propres limites.
Le C.A.S.T. comprend des conditions générales rassemblées dans un document unique (14 articles) et des conditions spécifiques ou particulières propres à une demande de l'usager.
Les conditions spécifiques sont celles inhérentes aux prestations complémentaires ou optionnelles souscrites expressément par l'abonné et qui figurent au bas du document.

Cependant s'il est permis de dire ce que le contrat ne contient pas, il semble plus délicat de cerner son contenu.

9 - Dans le cadre d'une analyse statique de ce dernier, un simple regard au-delà des apparences permet de constater que le contenu des prestations objet du contrat n'est pas véritablement défini, ce qui retenti sur la qualification réelle qu'il convient de lui donner.

L'identification des prestations objet du contrat semble donc constituer un préalable nécessaire à sa qualification.

A - L'IDENTIFICATION DES PRESTATIONS OBJET DU CONTRAT

10 - Aux termes mêmes du contrat il existe différentes sortes de prestations, les unes figurant aux conditions générales, les autres étant qualifiées de complémentaires ou d 'optionnelles. Cette présentation apparente des choses masque mal, en réalité, la prestation principale qui est la mise à disposition du service téléphonique. Il convient en tout état de cause, afin de comprendre l'importance de cette dernière, de pouvoir la situer au sein des différents services proposés dans le CAST ci-dessus visé.

a) LES PRESTATIONS PROPOSÉES PAR LE CONTRAT ANALYSÉES DANS LEUR GLOBALITÉ

11 - S'il est permis de déduire expressément des conditions générales du contrat d'abonnement la fourniture de certaines prestations, d'autres en résultent implicitement ou sont précisées dans le recueil des prescriptions de France Télécom, ou le catalogue des prix. Les prestations fournies, expressément mentionnées comme telles dans le contrat d'abonnement, sont d'une part l'accès au réseau téléphonique public, et d'autre part l'inscription et la mise à disposition de l'abonné d'un annuaire (15). D'autres prestations résultent implicitement de l'ensemble du contrat (16). Ces dernières ne sont cependant que des modalités d'exécution de ce dernier et se rattachent à l'objet principal de celui-ci qui est la fourniture de l'accès au réseau téléphonique public. Il semblerait que cette idée, selon laquelle les prestations implicitement prévues par le contrat ne seraient que des modalités d'exécution de ce dernier, puisse être reprise à propos d'autres prestations expressément qualifiées

---

Il existe parallèlement au document intitulé "conditions générales" un "recueil des prescriptions de France Télécom" ainsi qu'un "catalogue des prix" tenus à la disposition du public dans les agences commerciales de France Télécom.
L'ensemble de ces documents constitue selon le texte inclus dans les conditions générales le "contrat d'abonnement au service téléphonique".
Le contrat de vente et le contrat de location d'équipements terminaux qui font, en outre, l'objet de documents distincts, ne sont donc pas compris dans l'acception de contrat d'abonnement stricto sensu.

(15) L'article 1 du contrat d'abonnement est intitulé "Prestations fournies par France Télécom" et se subdivise en 3 paragraphes intitulés respectivement : "abonnement", "numéro", et "annuaire et système d'information des abonnés".

(16) Il s'agit, pour l'essentiel, de l'établissement normal de la ligne (en principe gratuitement), de celui d'une ligne présentant des difficultés exceptionnelles de construction (à la charge de l'abonné (art. 4 et 5 C.A.S.T.), de l'enregistrement du nombre d'unités Télécom consommées par chaque abonné (art. 5.3 A6 C.A.S.T.), de la fourniture d'un service de dérangement (art. 9.1 A) et de l'envoi éventuel de personnel aux fins d'accomplir des travaux de réparation sur la ligne téléphonique (art. 9.1 A3, 10.2 et 10.3 combinés), de la mise à la disposition de l'abonné des éléments d'information et des justificatifs de la facture pendant les douze mois qui suivent l'établissement de cette dernière (art. 7.1), et plus généralement de l'engagement de France Télécom à tenir l'abonné informé de toute modification du contrat ou des sanctions qu'il encourt s'il ne se conforme pas aux prescriptions de celui-ci. (Sur l'ensemble des droits et des obligations de France Télécom et de l'abonné cf. ci-dessous 2e partie).

comme telles, ainsi qu'à propos de celles constituant les "principales options liées aux conditions générales de l'abonnement au service téléphonique".

12 - * S'agissant tout d'abord des prestations expressément prévues par le contrat, il y a lieu de détailler celles relatives à l'inscription et à la mise à disposition d'un annuaire téléphonique.

13 - — En premier lieu, la seule souscription d'un abonnement donne droit pour tout abonné à être inscrit sans supplément "dans les annuaires et dans les systèmes d'information de France Télécom" (17).

14 - La notion d'annuaire semble pouvoir être distinguée de celle de système d'information des abonnés, dans la mesure où cette dernière terminologie paraît viser des documents non écrits tels "l'annuaire télématique national" mentionné par l'art. 1.3 alinéa 5 (18). L'annuaire ainsi défini comprend ce que l'on appelle l'annuaire papier (19), mais également les listes extraites des annuaires commercialisés par France Télécom (20). L'annuaire papier proprement dit comprend la "liste complète des abonnés" (à l'exception de ceux ayant demandé à figurer sur la liste rouge) ainsi que la "liste des abonnés au téléphone par profession" (21). Les annuaires sur support papier définis ci-dessus sont réédités et mis à jour tous les ans. Les systèmes d'information des abonnés, quant à eux, semblent viser essentiellement "l'annuaire électronique" accessible par minitel en composant le 11, également appelé "annuaire télématique national" (22).

15 - Tout abonné est, en principe, automatiquement inscrit sur les différentes listes des annuaires papier ou de l'annuaire télématique national. Il existe cependant différentes modalités d'inscription ainsi qu'un droit pour tout abonné de limiter ou de s'opposer à une telle inscription, et donc à une diffusion des informations le concernant.

16 - S'agissant tout d'abord des modalités d'inscription, il faut préciser que l'abonné ne sera inscrit que sur la liste sur laquelle il a vocation à figurer. Selon qu'il a ou non la qualité de professionnel, il figurera sur les pages jaunes ou blanches de l'annuaire, éventuellement sur chacune de ces listes dans l'hypothèse où il aurait souscrit plusieurs abonnements. En tout état de cause, son inscription à l'annuaire télématique national, ou sur les différents annuaires papier, implique qu'il figurera

(17) Art. 1.3 alinéa 1.
(18) Sur la notion d'écrit, cf. notamment la jurisprudence criminelle, selon laquelle l'écrit peut être défini comme un "document comportant un signe ou un ensemble de signes matérialisés, visibles et permanents, servant à l'expression, la fixation et la transmission de la pensée". (cf. W. Jeandidier "Faux en écriture" in Jcl. pen. art. 145 à 167, fasc. 1, 1988, n° 14 et s. ; cf. également J. Larrieu, "Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques et des écrits sous seing privé ? - contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature" in Cahier du Lamy, droit de l'informatique, 1988, études et commentaires I, p. 8 à 19, et II, p. 26 à 34).
(19) Cf. sur ce point "Le livre bleu du téléphone" (document "information client", distribué gracieusement par France Télécom) p. 6 et 7.
(20) Selon "Le livre bleu du téléphone" (p. 7), sont ainsi désignés des extraits (dont la commercialisation a été autorisée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés) "servant à l'édition des annuaires et donnant lieu à des avis uniquement fondés sur des critères de classification alphabétiques, géographiques ou professionnels utilisés dans les annuaires".
(21) La "liste complète des abonnés" est couramment désignée sous l'appellation "pages blanches de l'annuaire", tandis que la "liste des abonnés au téléphone par profession" est couramment désignée sous le nom de "pages jaunes de l'annuaire".
(22) Art. 1.3 A5 C.A.S.T.

également sur les listes extraites des annuaires commercialisés par France Télécom (23).

17 - L'abonné pourra cependant s'opposer partiellement ou totalement à cette inscription sur les différentes listes. Il pourra tout d'abord s'y opposer partiellement, sans supplément d'abonnement, en demandant à figurer sur la "liste orange", c'est-à-dire sur la liste des personnes s'opposant à la commercialisation par France Télécom des renseignements le concernant. Il lui est également loisible de s'y opposer totalement moyennant la souscription d'un abonnement spécifique appelé "liste rouge" (24).

18 - — En second lieu, le fait de figurer sur une des listes ouvre le droit, pour tout abonné, à pouvoir en disposer sans supplément d'abonnement (25).

19 - Bien que cela ne résulte pas expressément de la lettre du texte, on devrait en déduire que les personnes inscrites sur la "liste rouge" ne devraient pouvoir disposer d 'un annuaire qu'à la condition de verser un supplément d'abonnement. À l'inverse, une telle mesure ne devrait pas affecter les personnes inscrites sur la "liste orange" dans la mesure où elles se sont seulement opposées à ce que les renseignements les concernant soient inscrits sur les extraits de fichiers commercialisés par France Télécom, et où elles ont donc tout de même vocation à figurer dans les annuaires papier. L'abonné peut cependant renoncer implicitement au droit à disposer d'un annuaire sur lequel son nom figure en optant pour la location d'un minitel, dont le raccordement à la ligne permettra l'accès à l'annuaire télématique national (26). Dans une telle hypothèse, il lui sera possible cependant de disposer malgré tout de l'annuaire des "abonnés au téléphone par profession".

20 - * À ces différentes prestations, expressément prévues par les conditions générales du contrat d'abonnement, s'ajoutent d'autres, qualifiées "d'options liées aux conditions générales d'abonnement au service téléphonique", qui font l'objet de documents distincts, dérogeant plus ou moins aux conditions générales et qui supposent, en tout état de cause, un supplément de prix (27).

21 - Il est ainsi "offert" à l'abonné la possibilité de limiter son abonnement dans le temps et dans l'espace (28), de demander à bénéficier d'une ligne téléphonique supplémentaire, ou d'une réduction de la tarification en raison du volume des appels (29), de se voir adresser le détail de ses communications et de pouvoir disposer à domicile d'un compteur enregistrant le nombre d'unités télécom consommées (30), ou encore de pouvoir disposer d'une carte à microprocesseur utilisable dans les

(23) Art. 1.3 A2 C.A.S.T.
(24) Art. 1.3 A3 C.A.S.T.
(25) En réalité, il y a lieu de distinguer, selon que l'abonné a ou non la qualité de professionnel. Lorsqu'il s'agit d'un simple particulier, l'abonné peut disposer de la liste sur laquelle il est inscrit (pages blanches de l'annuaire), à moins d'avoir formulé une demande de mise à disposition d'un minitel.
En toute hypothèse, il lui sera toujours possible de disposer, sans supplément d'abonnement, de la liste des abonnés au téléphone par profession.
Lorsqu'au contraire l'abonné a la qualité de professionnel, il semblerait résulter de la lettre des alinéas 4, 5 et 6 de l'article 1.3 C.A.S.T., qu'il ait seulement le droit de disposer sans supplément d'abonnement de l'annuaire des abonnés au téléphone par profession.
(26) Art. 1.3 A5 et A6 C.A.S.T.
(27) Nous ne faisons ici qu'évoquer certaines d'entre elles en raison du fait que cela nous entraînerait dans de trop longs développements.
(28) "Abonnement téléphonique temporaire" (au moins 6 mois) et "service restreint".
(29) "Abonnement téléphonique d'extension" et service "trafic plus".
(30) "Facturation détaillée" et "service de télécomptage".

cabines publiques et permettant de différer le coût de la communication en le reportant sur la facturation de la ligne habituelle de l'abonné (31). Par ailleurs, les "services confort" permettent à l'usager qui y souscrit de faire suivre ses communications par transfert d'appel (32), d'être prévenu par signal sonore d'un appel en cours de communication (33), ou encore de s'adjoindre un troisième correspondant au cours d'une communication et de pouvoir dialoguer ainsi à trois sur une même ligne (34).

22 - D'autres options semblent cependant réservées à des utilisateurs y ayant recours dans le cadre de leur profession. Il est ainsi possible à de tels abonnés de demander à se voir attribuer un numéro spécifique qui leur permettra de retenir totalement ou partiellement à leur charge, la totalité des communications qui leur sont destinées (35). Il leur est également offert la possibilité de se voir appliquer une tarification propre aux entreprises commerciales (36) ou encore d'être raccordés au réseau numérique à intégration de service qui leur permettra, selon la terminologie utilisée par France Télécom, de transformer leur ligne téléphonique en "autoroute numérique" (37).

23 - En tout état de cause, qu'il s'agisse de l'inscription et de la mise à disposition d'un annuaire ou de la fourniture de prestations optionnelles, il est permis de dire que là n'est pas l'essentiel, qui réside en réalité dans la "fourniture de l'accès au réseau téléphonique public". En effet, cette dernière catégorie de prestation peut être qualifiée de principale par rapport aux précédentes dans la mesure où celles-ci ne sont en réalité que des aménagements de celle-là. L'inscription à l'annuaire et la mise à la disposition de celui-ci n'est en effet qu'une modalité permettant à l'abonné de s'informer du numéro de ses correspondants ou d'accéder à tel ou tel service par minitel. Il est, à l'inverse, pour les correspondants de l'abonné, un moyen d'obtenir les coordonnées de ce dernier. La fourniture d'option ne constitue, quant à elle, qu'un aménagement du service téléphonique accessible par le réseau public, puisqu'elle n'aurait guère d'utilité en l'absence de ce dernier. C'est donc la "fourniture de l'accès au réseau téléphonique public" qu'il convient d'étudier à titre principal.

b) LA PRESTATION PRINCIPALE D'ACCÈS AU RÉSEAU TÉLÉPHONIQUE PUBLIC

24 - Elle peut être définie comme la fourniture par France Télécom de l'accès au réseau téléphonique public, au moyen de l'attribution d'un numéro dont l'usage par "ligne principale desservant l'équipement terminal" permet d'émettre et de recevoir des appels (38). Il y a lieu tout d'abord de faire plusieurs observations d'ordre

(31) "Carte Pastel".
(32) Service "transfert d'appel".
(33) Service "signal d'appel".
(34) Service "conversation à trois".
(35) Respectivement "Numéro Vert" et "Numéro Azur".
(36) "Service Colisée".
(37) "Raccordement numéris". France Télécom préconise un tel abonnement optionnel en indiquant qu'il permet de transformer la ligne téléphonique en "autoroute numérique composée de deux voies qui, à la vitesse de 64kbits/seconde, transmettent voix, données, textes ou images". En outre, une voie de service indépendante permet un contrôle permanent de la transmission et de véhiculer diverses informations comme la numérotation des mini-messages qui s'affichent sur les terminaux.
Les terminaux permettant le raccordement au réseau numérique et l'utilisation des services offerts par le réseau sont dénommés autocommutateurs PABX, et font l'objet d'une commercialisation par France Télécom.
(38) Art. 1.1 et 1.2 A1 du C.A.S.T.. En réalité, la tournure de phrase est ambiguë puisque l'art. 1.1 indique "Dans le cadre d'un abonnement principal permanent, France Télécom *fournit l'accès* au

terminologique qui nous permettront de définir cette prestation et de comprendre davantage la situation de France Télécom dans la fourniture de ce service.

- **La définition de l'accès au réseau téléphonique public**

25 - La terminologie utilisée a été précisée par la loi du 29 décembre 1990 relative à la réglementation des télécommunications, de sorte qu'il convient d'en faire l'étude afin de déterminer le contenu de la notion d'accès au réseau téléphonique public (39).

* La notion de réseau téléphonique public

26 - Elle n'a pas été définie par la loi du 29 décembre 1990 précitée. En revanche, les notions voisines de "réseau public", de "réseau de télécommunications", de "service téléphonique", de "télécommunications", et de "service de télécommunications" font l'objet de définitions.

27 - C'est ainsi que l'acception de réseau public désigne "...l'ensemble des réseaux de télécommunications établis ou utilisés par l'exploitant public pour les besoins du public" (40). Les réseaux de télécommunications, quant à eux, sont définis comme visant "toute installation ou tout ensemble d'installations assurant soit la transmission, soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunications, ainsi que l'échange des informations de commande et de gestion qui y est associé, entre les points de terminaison de ce réseau" (41).

28 - Il convient de préciser également que la notion de "service téléphonique" consiste dans "l'exploitation commerciale du transfert direct de la voix en temps réel entre des utilisateurs raccordés aux points de terminaison d'un réseau de télécommunications" (42) et que le transfert direct de la voix ainsi défini semble ne constituer qu'une catégorie de télécommunications. Cette dernière notion vise en effet "... toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil optique, radioélectricité, ou autres systèmes électromagnétiques" (43). Les services de télécommunications, quant à eux, visent "... toute prestation incluant la transmission ou l'acheminement de

---

réseau téléphonique public". Le verbe fournir accolé à la notion d'accès laisse perplexe, dans la mesure où, si l'on conçoit aisément la fourniture d'une chose matérielle, dans le cadre d'une livraison par exemple, on conçoit plus difficilement celle d'un service analysé comme une valeur économique immatérielle.

La formulation de l'article 1.2 A1 C.A.S.T. est tout aussi criticable puisqu'il est très exactement rédigé de la sorte : "Cet abonnement comporte l'usage d'un numéro attribué par France Télécom, par ligne principale qui dessert l'équipement terminal et permet d'émettre et de recevoir des appels".

(39) La loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications citée in "Droit de l'informatique et des télécommunications" 1991, n° spécial, p. 35 à 42, Titre I, Dispositions modifiant le Code des Postes et Télécommunications, chapitre I, Définitions et principes.

(40) Art. L.32 - 14e nouveau du Code des Postes et Télécommunications.

La notion d'exploitant public, quant à elle, est définie par l'article L.32-13e nouveau du Code des Postes et Télécommunications comme visant "la personne morale de droit public dont les missions sont définies par l'article 3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications".

(41) Art. L.32-2° Code des Postes et Télécommunications. La notion de point de terminaison, quant à elle, est précisée par l'art. L.32-3e : "On entend par points de terminaison les points de connexion physique répondant à des spécifications techniques nécessaires pour avoir accès au réseau et communiquer efficacement par son intermédiaire. Ils font partie intégrante de ce réseau".

(42) Art. L. 32 - 7e Code des Postes et Télécommunications.

(43) Art. L. 32 - 1er Code des Postes et Télécommunications.

signaux ou une combinaison de ces fonctions, par des procédés de télécommunications" (44).

29 - Partant de là, et ayant constaté que le transfert direct de la voix n'était qu'une catégorie de télécommunications, on se doit de relever également que l'exploitation commerciale de ce transfert n'est qu'une forme de prestation et qu'il est donc permis d'en conclure que le service téléphonique n'est qu'une catégorie de service de télécommunications (45). Par ailleurs, il est possible de déduire de ce qui précède que le réseau public n'est qu'une forme de réseau de télécommunications. Il s'oppose en cela aux "réseaux indépendants" réservés à l'usage privé d'une personne physique ou morale, ou à l'usage d'un ou plusieurs groupes fermés d'utilisateurs. Le réseau public doit être également distingué des "réseaux internes", lesquels sont "entièrement établis sur une même propriété et n'empruntent ni le domaine public y compris hertzien, ni une propriété tierce" (46). Le réseau téléphonique public peut donc être défini comme désignant *l'ensemble d'installations, établi ou utilisé par France Télécom pour les besoins du public, et permettant d'assurer notamment le transfert direct de la voix en temps réel entre des utilisateurs raccordés à ses points de terminaison.*

* La notion d'accès

30 - L'accès au réseau est réalisé par raccordement d'un équipement terminal à un point de terminaison (47). C'est ce que l'on peut déduire en rapprochant la définition du réseau téléphonique avec la lettre de l'article 1.2 alinéa un du contrat d'abonnement. C'est ainsi que les points de terminaison d'un réseau sont définis comme visant "... les points de connexion physique répondant à des spécifications techniques nécessaires pour avoir accès au réseau et communiquer efficacement par son intermédiaire'. Ils font partie intégrante de ce réseau" (48). L'équipement terminal, quant à lui, désigne "tout équipement destiné à être connecté directement ou indirectement à un point de terminaison d'un réseau en vue de la transmission, du traitement ou de la réception d'information" (49).

31 - La seule connexion physique d'un équipement destiné à transmettre, traiter ou recevoir des informations aux fins d'accéder au réseau et de communiquer efficacement par son intermédiaire ne suffit cependant pas à assurer l'effectivité de cet accès.

---

(44) Art. L. 32 - 6e Code des Postes et Télécommunications. L'alinéa 2 de cet article précise cependant : "Ne sont pas visés les services de communication audiovisuelle en tant qu'ils sont régis par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986..".

(45) Les autres catégories de services sont essentiellement visées par les articles L .32 - 8e (service télex) et L. 32 - 9e (service support).

Le service télex est défini comme visant : "...l'exploitation commerciale du transfert direct, en temps réel, par échange de signaux de nature télégraphique, de messages dactylographiés entre les utilisateurs raccordés aux points de terminaison d'un réseau de télécommunications".

Le service support, quant à lui, désigne : "... l'exploitation commerciale du simple transport de données, c'est-à-dire d'un service dont l'objet est soit de transmettre et d'acheminer des signaux entre les points de terminaison d'un réseau de télécommunications, sans faire subir à ces signaux de traitements autres que ceux nécessaires à leur transmission, à leur acheminement, et au contrôle de ces fonctions".

Il faut également y inclure les services de radiocommunications et les services de télécommunications fournis sur les résaux câblés (en ce sens cf. Lamy, droit de l'informatique, 1992, n° 1372, p. 861, 1e col.).

(46) Art. L. 32 - 4e et L. 32 - 5e Code des Postes et Télécommunications.

(47) La notion d'équipement terminal est employée dans la lettre même de l'art. 1.7 alinéa 1 du C.A.S.T. qui évoque la notion de ligne principale desservant l'équipement terminal.

(48) Art. L. 32 - 3e alinéa 1 du Code des Postes et Télécommunications.

(49) Art. L. 32 - 10e alinéa 1 du Code des Postes et Télécommunications. Aux termes de l'alinéa 2 de ce meme article : "Ne sont pas visés les équipements permettant d'accéder à des services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne ou distribués par câble, sauf dans les cas où ils permettent *d'accéder* également à des services de télécommunications".

France Télécom devra en effet "attribuer" à l'abonné une ligne principale ainsi qu'un numéro qui permettra à celui-ci de recevoir et d'émettre des appels (50), et à celle-là de procéder à l'exploitation commerciale du service rendu par le transfert direct de la voix en temps réel.

32 - En tout état de cause, l'accès au réseau téléphonique public semble pouvoir être défini comme *la faculté offerte par France Télécom à l'abonné, de pouvoir faire parvenir directement la voix en temps réel à des correspondants raccordés aux points de terminaison du réseau téléphonique public, et de recevoir de ces derniers la même forme de télécommunications.* En d'autres termes, il s'agit de la faculté d'utiliser tout ou partie des ressources du réseau téléphonique public. Il ne s'agit que d'une faculté, que l'abonné est libre de mettre en œuvre ou non, mais qui, du simple fait qu'elle existe, donne lieu à une certaine rétribution (51). Il est ainsi permis de dire que l'accès doit être distingué de l'usage, c'est-à-dire de la mise en œuvre effective de cette possibilité, qui appartient à l'abonné. France Télécom se contente ici, selon la terminologie employée, de "fournir l'accès" et de quantifier les suites qui y seront données par l'abonné, afin de moduler en conséquence la facturation qui lui sera adressée. La prestation principale de France Télécom ayant été ainsi caractérisée dans son particularisme technique, force est de constater que la situation juridique de ce prestataire de service est également, si l'on peut dire, unique en son genre.

- **La situation juridique de France Télécom**

33 - La prestation d'accès au réseau téléphonique public délivrée par France télécom est soumise à un régime juridique particulier résultant essentiellement des lois des 2 juillet et 29 décembre 1990, ainsi que de divers textes réglementaires qui viennent les préciser (52).

34 - Depuis le ler janvier 1991, le service public des télécommunications, qui était jusque là exploité en régie directe par l'administration des P.T.T., est assuré par une personne morale de droit public, autonome, *France Télécom*, ayant le statut "d'exploitant public" (53). Selon des règles propres à chacun de ses domaines d'activité, France télécom a notamment pour objet :

"D'assurer tous services publics de télécommunications dans les relations intérieures et internationales, et en particulier d'assurer l'accès au service du téléphone à toute personne qui en fait la demande".

"D'établir, de développer et d'exploiter les réseaux publics nécessaires à la fourniture de ces services et d'assurer leur connexion avec les réseaux étrangers".

"De fournir dans le respect des règles de la concurrence tous autres services, installations et réseaux de télécommunications, ainsi que d'établir des réseaux

(50) Art. 1.7 alinéa 1 C.A.S.T.
(51) Art. 5.1 et 5.7 du C.A.S.T.
(52) Loi n° 90.568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications (cf. DIT 1991, n° spécial, p. 6 à 12) et loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, in DIT 1991, n° 5, p. 34 à 42.
(53) Aux termes de l'art. 1er de la loi du 2 juillet 1990 précitée, il est créé à compter du 1er janvier deux personnes morales de droit public placées sous la tutelle du ministre chargé des Postes et Télécommunications, qui prennent respectivement le nom de LA POSTE et de FRANCE TÉLÉCOM, et sont désignées ci-après dans l'appellation commune *d'exploitant public.*
On admettra ici par commodité que la notion d'exploitant public est utilisée comme synonyme de celle d'établissement public, industriel et commercial.
Les débats parlementaires montrent d'ailleurs que c'est principalement en vue de préserver le statut de fonctionnaire pour le personnel de l'ancienne administration des PTT que la qualification d'EPIC n'a pas été utilisée.

distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore ou de télévision, et de concourir par des prises de participation à l'exploitation de ces derniers réseaux dans le cadre de la réglementation en vigueur" (54).

35 - Dans le cadre de son activité, France télécom dispose d'une certaine autonomie, caractérisée notamment par l'octroi des attributs de la personnalité juridique (55). Il lui est ainsi possible de contracter en son nom propre, d'ester en justice et donc de voir sa responsabilité engagée et de s'administrer elle-même en étant pleinement responsable de sa gestion à l'aide d'un budget propre. Cependant cette autonomie est limitée, notamment par un contrôle de tutelle du ministre chargé des Postes et Télécommunications et de la "Commission du Service public des Postes et Télécommunications" (56). L'activité de France Télécom est, en outre, doublement encadrée par l'édiction d'un cahier des charges de nature réglementaire, et la signature d'un contrat de plan pluriannuel (57).

36 - La réforme statutaire des télécommunications fut suivie de peu par celle portant sur le contenu même de la notion de Service public des télécommunications. La loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications distingue principalement entre trois catégories de secteurs, obéissant chacun à des régimes juridiques différents. Il existe ainsi un régime de monopole destiné à satisfaire des besoins collectifs, et deux régimes ouverts à la concurrence.

- Le premier peut être qualifié de concurrence encadrée, dans la mesure où il est ouvert à des opérateurs privés, ces derniers devant se soumettre à un certain nombre de contraintes assez rigides.

- Le deuxième est soumis à un régime de concurrence beaucoup plus souple, de sorte que l'on a pu dire qu'il s'agissait d'une concurrence simplement réglementée (58).

Le secteur soumis au monopole, quant à lui, a pu être ainsi qualifié de *noyau dur du service public des télécommunications*. Il s'agit principalement du service de téléphonie vocale entre points fixes de l'installation et du raccordement à ce réseau des cabines téléphoniques et du service télex (59).

37 - Le secteur ouvert à la "concurrence encadrée" vise essentiellement l'établissement et l'exploitation de réseaux radioélectriques, de même que l'exploitation commerciale de liaisons louées à France Télécom et destinées au simple transport de données (60). De tels services doivent, en outre, faire l'objet d'une autorisation du ministre des Postes et Télécommunications qui ne sera délivrée qu'à la condition

(54) Art. 3 de la loi du 2 juillet 1990 précitée.
(55) Cf. notamment J. Chevallier, "La mutation de la Poste et des Télécommunications en France, in Droit de l'informatique et des télécommunications n° 1990/3, p. 7 à 17 et plus spécialement p. 16, 2e col., ainsi que DIT n° 1990/4, p. 43 à 49.
(56) Art. 34, 35 et suivants de la loi du 2 juillet 1990 précitée.
(57) J. Chevallier, précité p. 19, 1ère col. Le cahier des charges fixe essentiellement le cadre général de gestion, les principes et procédures de fixation des tarifs et les conditions d'exécution des missions de service public, ainsi que les garanties de leur juste rémunération.
Les contrats de plan couvrent une période de 3 à 5 ans et déterminent les objectifs généraux à moyen terme dans les domaines concernant la nature et le volume des services à fournir, le développement social, la qualité des produits et services et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre, ainsi que la fixation du cadre financier global de l'activité de chaque exploitant. L'État dispose en outre du **pouvoir d'homologation des tarifs** (J. Chevallier, op. cit. p. 20, 2e col. in fine).
(58) Cf. J. Chevallier, "La réglementation des télécommunications", A.J.D.A., 20 mars 1991, p. 203 à 212, plus spéc. p. 205, 1ère col.
(59) Art. L. 34 - 1 du Code des Postes et Télécommunications et L. 33 -1 du même code.
(60) Il s'agit de ce que l'on a appelé ci-dessus les services *support* (Cf. J. Chevallier, "La réglementation des télécommunications", précitée p. 207).

qu'ils s'inscrivent en complément de l'activité de France Télécom avec laquelle ils doivent être compatibles (61). En tout état de cause, les opérateurs ainsi autorisés seront soumis à certaines contraintes de service public précisées dans un cahier des charges. Le secteur faisant l'objet d'une concurrence simplement réglementée, quant à lui, vise essentiellement l'établissement et l'exploitation de réseaux indépendants, destinés le plus souvent à un usage professionnel (62). Il convient, en toute hypothèse, de souligner que le service de téléphonie vocale entre points fixes, qui nous intéresse plus particulièrement ici, est soumis au régime du monopole. La contrepartie de ce monopole public est le droit reconnu à toute personne qui en fait la demande d'avoir accès au réseau téléphonique public, à la condition de souscrire un abonnement (63).

38 - Les relations de l'exploitant public France Télécom avec ses usagers sont cependant, comme on le sait, soumises aux règles du droit privé (64). C'est ainsi que, dans le cadre du C.A.S.T., France Télécom se trouve dans la situation paradoxale d'être un prestataire de service en situation de monopole, dont l'activité est encadrée par toute une série de contrôles et de tutelle étatique, ce qui réduit sensiblement son autonomie mais qui établit avec les bénéficiaires de ses prestations des rapports contractuels de droit privé susceptibles d'engager sa responsabilité. Elle se trouve ainsi en quelque sorte entre le marteau et l'enclume. La lecture du contrat d'abonnement peut cependant laisser penser à l'usager que France Télécom dispose d'une grande liberté, qu'elle abuse même de sa situation de monopole puisque comme on le verra, un véritable pouvoir de modification unilatérale des conditions générales du contrat, lui est reconnu par ce dernier (65). Toute une série de dispositions dérogatoires au droit commun viennent ainsi affecter ce contrat d'un particularisme un peu dérangeant. Il convient en tout état de cause de qualifier ce dernier du point de vue du droit privé. Force est de constater, ici encore, que la qualification apparente ne correspond pas à la qualification réelle.

B - LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT

39 - Le document distribué par France Télécom sur lequel figure les conditions générales est intitulé "Abonnement au service téléphonique". Il s'agit donc a priori d'un contrat d'entreprise de prestation de service par abonnement, cette dernière précision n'étant qu'une modalité d'exécution du contrat nommé ci-dessus évoqué. On rappellera ici succinctement les règles relatives au contrat d'entreprise par abonnement afin de dégager leur application en l'espèce notamment du point de vue

(61) Art. L. 33-1, alinéa 2 du Code des Postes et Télécommunications et art. L. 34-2 alinéa 2 du même code.
(62) Art. L. 33-2, L. 34-3, L. 34-4 et L. 34-9 du Code des Postes et Télécommunications.
Sur l'ensemble de la prestation, qui n'est ici qu'évoquée, cf. notamment J. Chevallier, art. précité p. 207 à 209, ainsi que Lamy, Droit de l'informatique 1991, n° 1379 et suivants.
(63) Aux termes de l'art. L. 35-1 du code des Postes et Télécommunications, "le propriétaire d'un immeuble ou son mandataire ne peuvent s'opposer à l'installation du téléphone demandé par son locataire ou occupant de bonne foi". Ce texte, issu de la loi du 23 octobre 1984, est présenté comme une suppression du pouvoir discrétionnaire que possédait jusqu'alors l'État dans le choix de ses abonnés (cf. Lamy, Droit de l'informatique 92, n° 1412 et s.).
(64) Art. 25 de la loi du 2 juillet 1990. Elle se trouve un peu dans la même situation que E.D.F., service public industriel et commercial dont les relations avec les usagers sont également soumises au droit privé. Il pourra être utile à cet égard de faire appel à la jurisprudence relative au contrat d'abonnement E.D.F. à titre de comparaison (cf. Cahier juridique de l'électricité et du gaz).
(65) C'est ainsi notamment qu'aux termes de l'art. 4 al. 1 du C.A.S.T., France Télécom définit les règles d'organisation et de fonctionnement du réseau public" et que "l'accès au service téléphonique est réalisé conformément (à ces règles)".

du prix des prestations et de la durée du contrat. Il est permis de dire, à cet égard, que les apparences semblent ne constituer qu'un prisme déformant de la réalité.

a) LE CONTRAT D'ENTREPRISE PAR ABONNEMENT EN DROIT COMMUN

40 - * On sait que le contrat d'entreprise peut être défini comme le contrat consensuel à titre onéreux, par lequel "une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail au profit d'un autre (le maître de l'ouvrage), sans le représenter" (66). Il est d'usage d'opposer le contrat d'entreprise à la vente et au mandat dans la mesure où il consiste dans l'accomplissement d'un travail (67). Par ailleurs, le fait que l'entrepreneur soit indépendant et qu'il n'ait pas la jouissance d'une chose, permet de distinguer respectivement le contrat d'entreprise du contrat de travail et du contrat de bail (68). Il s'agit en outre d'un contrat synallagmatique qui suppose donc des obligations réciproques pour chacune des parties. L'entrepreneur s'engage à accomplir un travail ainsi qu'éventuellement lorsqu'il a la qualité de "professionnel", à conseiller le maître de l'ouvrage. Par ailleurs l'étendue de ses obligations peut faire l'objet d'aménagements contractuels (69).

41 - Le travail fourni par l'entrepreneur peut être relatif à une chose ou une prestation intellectuelle. Dans ce dernier cas, l'obligation à laquelle il est tenu ne sera souvent qu'une obligation de moyen (70) et sa responsabilité ne pourra être engagée que dans l'hypothèse où il aurait commis une faute. Il en sera ainsi notamment, lorsque cette obligation comporte un aléa. L'entrepreneur est tenu de collaborer étroitement avec le maître de l'ouvrage, en le conseillant et en l'informant. Cette obligation semble d'autant plus étendue que le client est profane et que l'entrepreneur a la qualité

(66) Sur cette définition cf. notamment Civ. 1ère 19 février 1968, p. 68, jurisprudence p. 393.
(67) Rappelons que la vente est définie par l'article 1582 al. 1 du Code civil comme la "convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à le payer" et qu'il résulte de l'article 1984 du Code civil que le mandat désigne le contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte, des actes juridiques.
(68) Le contrat d'entreprise est également appelé louage d'ouvrage. Il s'oppose en cela au contrat de travail qualifié de louage de service dans la mesure où ce dernier suppose un lien de subordination du salarié à l'égard de celui qu'il est convenu d'appeler l'employeur (art. 1779 et 1780 C. civ.). Le bail ou louage de choses "est un contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de payer" (art. 1709 C. civ.).
(69) Cf. notamment, Ph. Malaurie et L. Aynès, "Les contrats spéciaux", éd. Cujas 1991, n° 740, p. 393 et s.
(70) Idem n° 742 et s., p. 394 et s., adde B. Starck, Droit civil Obligations, T. 2, Contrat, 8° éd. 1989 par H. Roland et L. Boyer, n° 997 et s, p. 413 et s.
"On enseigne généralement que les obligations relatives à un service à effectuer ou à un travail fourni sont ordinairement des obligations de moyens". L'exemple classique est celui du contrat de travail, où les ouvriers et les employés ne sont tenu que de prester leur activité, ne répondant que de leur *faute lourde*.
Cependant dans certains contrats tels le contrat de maintenance ou dans celui portant sur la sécurité des installations électriques réalisées par E.D.F. chez les usagers l'obligation est considérée comme une obligation de résultat (respectivement Civ. 1ère 17 novembre 1987, Bull. civ. 87 I n° 298 p. 214 et Versailles 9 juin 1988, D. 88 IR p. 244).
Rappelons que l'obligation de résultat est celle par laquelle le débiteur s'engage sur un résultat précis. On cite ainsi l'exemple du contrat de transport de personnes par lequel le transporteur promet au voyageur de l'emmener sain et sauf d'un lieu à un autre. Sa responsabilité est donc susceptible d'être engagée dans l'hypothèse où il ne parviendrait pas à ce résultat.
L'obligation de moyen au contraire, est celle par laquelle le débiteur s'engage à mettre en oeuvre tous les moyens dont il dispose et que le créancier est légitimement en droit d'attendre de lui, sans pour autant garantir l'obtention d'un résultat. Le débiteur d'une obligation de moyen ne voit sa responsabilité engagée qu'en cas de faute, c'est-à-dire d'erreur de conduite ou de comportement. L'exemple classique est celui du contrat que passe le médecin avec son client, la guérison de ce dernier n'étant pas garantie par le premier qui s'engage seulement à promettre des soins diligents et de faire son possible pour guérir celui-ci.

de professionnel (71). En tout état de cause, à moins de ne plus conserver d'utilité pour le maître de l'ouvrage ou d'apparaître comme imposée par abus de puissance économique, l'étendue des obligations de l'entrepreneur de même que celle de sa responsabilité peuvent faire l'objet d'aménagement contractuels (72). Le maître de l'ouvrage quant à lui est tenu de payer le prix, éventuellement de prendre livraison de la chose, lorsque le contrat porte sur un corps certain. Il n'est pas nécessaire par ailleurs, sous réserve que cela ne soit pas abusif que le prix soit déterminé ou déterminable, le contrat d'entreprise échappant aux exigences de l'article 1129 du Code civil (73).

42 - * Le contrat par abonnement quant à lui ne constitue pas une dénomination propre à une catégorie de contrat définie par le Code civil au sens de son article 1107 (74) mais davantage une modalité d'exécution de tous, qu'ils soient nommés ou innommés. Cette modalité des contrats est totalement ignorée de la loi, la doctrine quant à elle, peu prolixe sur la question demeure en outre partagée sur la définition du contrat d'abonnement (75). La mise en évidence des éléments essentiels de ce dernier permet cependant de distinguer le contrat d'abonnement, des contrats voisins.

---

(71) Ph. Malaurie et L. Aynès, "Les contrats spéciaux", précité n° 750 et s..

(72) Sur la distinction entre clauses relatives à la responsabilité et clauses relatives aux obligations, cf. Ph. Delebecque, Jurisclasseur Contrats distribution, fasc. 11°, "Clause d'allégement des obligations", 1991.

Il a été considéré que lorsque la clause avait pour effet d'écarter une obligation essentielle de l'entrepreneur ou la responsabilité qui pouvait résulter de l'inexécution par ce dernier, d'une telle obligation, le contrat n'avait plus d'utilité pour le maître de l'ouvrage, de sorte que la substance même de ce dernier se trouvait remise en cause (Malaurie et Aynès, précité n° 753 p. 403, ainsi que des mêmes auteurs, Droit des obligations, éd. Cujas 1989, n° 507).

(73) Aux termes de l'article 1129 du Code civil, "Il faut que l'obligation ait pour objet une chose du moins déterminée quant à son espèce".

"La quotité de la chose peut être incertaine pourvue qu'elle puisse être déterminée".

On sait que sur le fondement de cet article la jurisprudence devait annuler des contrats d'assistance et de fourniture, conclus entre brasseurs et détaillants ou entre compagnies pétrolières et pompistes pour indéterminabilité du prix (Cass. 11 octobre 1978, J.C.P. 79 II n° 19034, note Y. Loussouarn ; D. 79 jurisprudence p. 135, note Houin ; Com. 14 janvier 1980, J.C.P. 81 II n° 19585, note B. Gross). Cf. également la jurisprudence citée par M.A. Frison-Roche, L'indétermination du prix, in R.T.D. civ. 92, p. 276, note 42.

Glissant du terrain de la chose à celui du prix, la jurisprudence devait utiliser l'article 1129 du Code civil comme instrument de contrôle de la déterminabilité du prix dans les contrats en partant du principe qu'il existait un correspondance entre celle-ci et celui-là.

Le fondement de cette interprétation devait par la suite conduire la jurisprudence à exclure du domaine de l'article 1129 C. civ. le contrat d'entreprise en affirmant que la validité de ce dernier ne dépend pas d'un prix déterminé ou déterminable (Civ. 1ère 24 février 1987, Bull. civ. 87 I n° 70, p. 88 ; D. 88 jurisprudence p. 97, note B. Edelman et plus récemment, Com. 22 janvier 1991, D. 91 jurisprudence p. 175, conclusion M. Jeol ; J.C.P. 91 II n° 21679, note G. Virassamy ; R.T.D.C. 91, p. 323, obs. J. Mestre).

On a pu justifier cette jurisprudence en déclarant "s'il s'établit, de manière relativement aisé, une correspondance entre un prix et une chose, l'analyse devient plus délicate si l'on envisage la relation entre un prix et une prestation. En effet, l'article 1129 du code civil visant la chose, s'applique au prix qui correspond à cette chose. La réticence jurisprudentielle est plus vive lorsqu'il s'agit de faire régir, par un texte mentionnant la chose, une relation contractuelle qui ne porte pas sur une chose mais sur un service, engendrant une obligation de faire et non de donner" (M.A. Frison-Roche, "L'indétermination du prix", R.T.D.C. 1992, p. 269-303 et plus spéc. n° 14 p. 279).

(74) Aux termes de l'article 1107, C. civ. "Les contrats soit qu'ils aient une dénomination propre soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre". "Les règles particulières à certains contrats sont établis sous les titres relatifs à chacun d'eux ...".

(75) Ripert et Roblot, "Traité élémentaire de droit commercial", 9° éd. T. II, n° 2920 , cf. également pour un aperçu d'ensemble de la question, B. Gross, "Contrats par abonnement, in Jurisclasseur Contrats distribution, fasc. 790 1986.

La doctrine, selon laquelle le contrat d'abonnement serait un contrat distinct et plus particulièrement une catégorie de contrat innomés est à l'heure actuelle unanimement rejetée. On admet aujourd'hui que les contrats innomés se distinguent du contrat d'abonnement "en ce que leur contenu leur appartient en propre et se suffit à lui même, alors qu'il est de l'essence de l'abonnement de venir se greffer sur d'autres contrats sans quoi il n'est rien d'autre qu'une forme abstraite" (R. de Reamy, "Le contrat par abonnement", Th. Lausanne 1960, p. 38, cité par B. Gross, précité, n° 9).

Certains éléments sont indiscutablement considérés comme essentiels à la qualification de contrat d'abonnement, tandis que d'autres demeurent discutés (76).

43 - Il est indiscutable tout d'abord que l'abonnement est un contrat à exécution échelonnée pouvant être commutatif ou aléatoire. Rappelons qu'il est d'usage d'opposer le contrat instantané au contrat à exécution successive (77) et que le contrat à exécution échelonnée n'est qu'une catégorie de ce dernier type de contrat. Au sein des contrats à exécution successive, on distingue en effet ceux qui "créent entre les parties un véritable rapport permanent d'obligation" et qui ne peuvent de par leur nature faire l'objet d'un fractionnement (78) et ceux qui "font également naître des obligations qui se succèdent dans le temps", mais qui "diffèrent des premiers en ce qu'ils pourraient donner lieu à une multitude de contrats distincts" (79). Cette dernière catégorie au sein de laquelle il convient de ranger le contrat par abonnement, est désignée sous l'appellation de contrat à exécution échelonnée. La qualification de contrat d'abonnement devrait cependant être réservée aux contrats dans lesquels les parties connaissent l'importance des prestations qui doivent être fournies dès la conclusion du contrat (80). Elle devrait au contraire être écartée lorsque les contractants, au moment de la formation de leur accord, ignorent le montant des prestations qui seront exécutées, le seul élément permanent du contrat résidant dans cette dernière hypothèse dans une sorte de "droit souche" le droit pour "l'abonné" de faire appel aux services de son cocontractant (81) quand bon lui semble. En tout état de cause, le contrat par abonnement qui s'étale donc sur un certain temps peut être à durée déterminée ou indéterminée (82). Par ailleurs, l'abonnement peut être un contrat commutatif, c'est-à-dire "un contrat dans lequel chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle" (83) ou un contrat aléatoire, c'est-à-dire "un contrat dans lequel l'équivalence consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain" (84).

44 - D'autres éléments tels la nécessité d'un prix réduit déterminé et payable à l'avance devraient, selon certains auteurs, être en outre réunis afin que le contrat envisagé puisse être qualifié de contrat par abonnement (85). En premier lieu, le prix devrait être déterminé, sinon déterminable dès la conclusion du contrat. Il devrait être fixé forfaitairement bien que pouvant être pondéré par une clause de variation. En tout état de cause, le prix ne devrait pas résulter de l'addition de la valeur de

(76) Cf. B. Gross précité, n° 7-31.
(77) "Le contrat est dit instantané lorsque l'exécution des obligations qu'il crée, se réalise en un seul trait de temps". "Est successif, au contraire, le contrat qui par sa nature ou par la volonté des parties, ne peut s'exécuter que grâce à l'écoulement d'une certaine durée", laquelle est considérée comme "un des (ses) éléments constitutifs" (B. Starck, T. 2 Contrats 3° éd par H. Roland et L. Boyer, Litec 1989, précité, n° 107-108).
(78) Tel est le cas du contrat de bail ou du contrat de travail, cf. J. Carbonnier, Droit civil, 11ème édition, Thémis, T. IV, Les obligations, p. 244, qui est à l'origine de la distinction entre contrat à exécution successive proprement dits et contrat à exécution échelonnés.
(79) Cf. B. Gross, précité n° 12, 2° col..
(80) Idem, n° 13. On cite ainsi l'exemple de l'abonnement souscrit auprès d'une agence de publicité qui s'engage à faire paraître un nombre précis d'annonces dans la presse ou à la télévision.
(81) J. Carbonnier, précité, p. 244. Tel est notamment le cas du titulaire d'une carte d'abonnement en matière de transport.
(82) B. Gross, précité, n° 7 et n° 86 à 97.
(83) Art. 1104, alinéa 1 du C. civ.
(84) Art. 1104, alinéa 1 du C. civ. Rappelons que le contrat n'est véritablement aléatoire que lorsque chaque partie court le même risque (B. Starck, précité, n° 94, p. 37).
(85) B. Gross, précité, n° 17 à 32.

prestations séparées (86), il devrait même lui être inférieur. Cette dernière exigence est cependant fortement contestée. On admet aujourd'hui que si l'idée de prix global forfaitaire préside bien à la notion d'abonnement celle de coût réduit, de bénéfice qui devrait en résulter pour l'abonné, prête à discussion (87). En second lieu, l'idée selon laquelle l'abonnement supposerait un prix payable d'avance, défendue par certains auteurs (88) semble rejetée par la doctrine majoritaire (89). On a pu ainsi faire observer que le caractère échelonné de l'exécution des prestations ou de la fourniture de marchandises en contre partie d'un prix global, constituaient les éléments essentiels du contrat d'abonnement et qu'il était donc "superflu d'exiger de l'abonné qu'il règle la totalité du prix avant toute exécution de ses obligations par son cocontractant" (90). En tout état de cause, ces éléments essentiels du contrat d'abonnement permettent de le distinguer des contrats voisins (91) et plus particulièrement du contrat de fourniture ce qui présente un certain intérêt.

45 - Le contrat d'abonnement se distinguerait du contrat de fourniture, par deux traits essentiels. À la différence du contrat de fourniture qui s'analyse comme une combinaison d'un contrat cadre et de contrats d'application, le contrat d'abonnement apparaît comme un contrat unique. Ces deux types de contrat en effet se rapprochent dans la mesure où ils peuvent avoir des objets identiques et, où ils impliquent également des prestations périodiques conservant entre elles une certaine autonomie. Ils se distinguent cependant par le fait que le contrat d'abonnement constitue une figure juridique parfaite dès sa conclusion "alors que la fourniture nécessite pour sa perfection, un contrat cadre et des contrats d'application qui viennent emplir la convention initiale à elle seule imparfaite" (92). En outre le contrat de fourniture contrairement au contrat d'abonnement s'exécute trait pour trait chaque terme correspondant à l'exécution d'une partie de ses obligations par le fournisseur. Dans le contrat d'abonnement au contraire, bien qu'il soit admis que le paiement du prix puisse être fractionné, celui-ci demeure global et le versement d'une fraction ne peut en aucun cas correspondre à la valeur des prestations dont vient de bénéficier l'abonné (93). C'est ainsi que la qualification de contrat d'abonnement serait employée abusivement dans l'appellation de certains contrats d'usage courant tels ceux de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité (94). De tels contrats seraient au contraire des

(86) Idem, n° 22. Selon l'auteur "il y a abonnement lorsqu'un prix global est stipulé au contrat il est indifférent que ce prix puisse être affecté par une clause de variation".
(87) Idem, n° 23 à 25. "Si la réduction de prix est fréquente et si elle explique en grande partie le succès des contrats par abonnement, elle ne constitue pas pour autant un élément du contrat clairement établi".
(88) Cf. en ce sens, A. Seube, "Le contrat de fourniture", Thèse dactylographiée, Montpellier, 1970, n° 479.
(89) Cf. notamment R. de Raemy, "Le contrat par abonnement", Thèse Lausanne, 1960, p. 70 et B. Gross, précité, n° 31 et 32.
Selon R. de Raemy, le paiement préalable du prix ne serait nullement un élément essentiel du contrat affecté de la modalité d'abonnement bien que cette pratique soit très courante.
(90) B. Gross, précité, n° 31 et s.
L'auteur définit ainsi l'abonnement comme "la modalité des contrats par laquelle une personne s'engage d'une manière échelonnée à livrer des fournitures ou à exécuter des prestations de services au profit d'une autre personne, appelée l'abonné, moyennant le versement d'un prix global déterminé à l'avance et le plus souvent réduit par rapport au coût additionné des différentes fournitures ou prestations prises isolément".
(91) B. Gross, précité, n° 33 à 68. L'auteur oppose ainsi le contrat d'abonnement au contrat de fourniture, au contrat de vente à livraison successive, au contrat de souscription et à la promesse de contrat.
(92) A. Seube, "Le contrat de fourniture", Thèse précitée, n° 478.
(93) B. Gross, précité, n° 35 et 36 ainsi que R. de Raemy, "Le contrat par abonnement", Thèse précitée, p. 30.
(94) B. Gross, précité, p. 49. L'auteur précise cependant qu'une partie de la doctrine distingue au sein des contrats d'abonnement ceux qui sont payables d'avance et ceux payables au fur et à mesure des fournitures faites. Les contrats de fourniture d'électricité, de gaz ou d'eau seraient à ranger au sein de

contrats de fourniture dans la mesure où justement le versement de chaque fraction du prix correspond à l'exécution par le fournisseur d'une partie de ses prestations de sorte que le contrat s'exécuterait trait pour trait et que donc le prix ne serait pas fixé globalement (95). Certaines formes d'"abonnement" en matière de transport, se rapprocheraient également du contrat de fourniture. Il en serait ainsi notamment de "l'abonnement" par lequel un transporteur délivre une carte donnant seulement droit à la fourniture de titre de transport à tarif réduit (96).

46 - L'intérêt qu'il peut y avoir à distinguer le contrat d'abonnement du contrat de fourniture réside essentiellement dans la question de la modification du prix. En effet, dans l'hypothèse d'un contrat d'abonnement le prix ayant été fixé globalement pourra éventuellement être l'objet d'une clause de variation mais ne pourrait être modifié en dehors de cette hypothèse. Dans le contrat de fourniture au contraire une modification du prix des prestations pourrait intervenir en cours d'exécution dans le cadre de contrats d'application, ces derniers étant nécessaire à la perfection du contrat cadre (97). La Cour de cassation a ainsi considéré que le fait pour une compagnie d'autobus de vendre à un usager un carnet de titres de transport à tarif réduit ne constitue pas un contrat d'abonnement permettant à ce dernier de voyager à ce tarif jusqu'à l'épuisement de ces titres de sorte que la hausse de la tarification lui est immédiatement applicable et qu'il ne peut prétendre pouvoir continuer à utiliser les tickets à l'ancien tarif (98).

47 - En tout état de cause, cette dernière précision nous permet de proposer une définition du contrat d'entreprise de prestation de service par abonnement. Pourrait être ainsi désignée, *la modalité de contrat par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage de manière échelonnée à exécuter des prestations de service au profit d'une autre personne (le maître de l'ouvrage) appelée l'abonné, moyennant le versement d'un prix global déterminé à l'avance*. Peut-on dire qu'une telle définition s'applique au contrat d'abonnement au service téléphonique, telle est la question qu'il convient de se poser à présent. Il est permis d'observer que l'éclat du C.A.S.T. se ternit quelque peut, sitôt que l'on aborde ce problème.

---

cette dernière catégorie (Cf. notamment, Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, T. II, précité, n° 1520).

(95) En ce sens, R. de Raemy, Thèse précitée, p. 41 et B. Gross, n° 50 et 51.

(Ne mériterait l'appellation de contrat d'abonnement que le contrat permettant par exemple de consommer de l'eau courante pendant une certaine période pour un prix global).

(96) On cite ainsi l'exemple des cartes demi-tarifs, cartes jeunes, cartes "carré jeune" ou cartes "vermeil" délivrées par la S.N.C.F.

(97) Sous réserve de la jurisprudence relative au caractère déterminé ou déterminable du prix cité ci-dessus.

Rappelons que l'article 1129 du Code civil n'a pas été considéré comme applicable dans un contrat engendrant une obligation de faire (Cf. Com. 22 janvier 1991, précité et M.A. Frison-Roche, "L'indétermination du prix", précité, n° 15, p. 180.

(98) Cass. civ. 1ère, 22 février 1955, J.C.P. 55, II, n° 8620 note Rodière.

En première instance, le Tribunal de Bône avait fait droit à la demande de l'usager en considérant implicitement qu'il s'agissait d'un contrat de transport par abonnement qui s'était donc formé dès la vente à l'usager des carnets de tickets. La cour de cassation annule en considérant que chaque transport constituait un contrat distinct.

"Attendu que, pour faire droit à la prétention de Tapie d'utiliser ces tickets à l'ancien tarif jusqu'à épuisement, le tribunal a décidé que le contrat de transport s'était formé dès la vente à l'usager des carnets de tickets, que seule l'exécution de ce contrat s'était en ce qui concerne l'obligation du transporteur, trouvée différée, et que l'usager, ayant acquitté le prix du transport avait droit à celui-ci au moment choisi par lui, sans que le transporteur fut autorisé à rompre d'une manière unilatérale le contrat qui le liait à l'usager".

"Attentu qu'en considérant que le contrat de transport avait pu se former à un moment autre que celui où le voyageur prenant place sur un des véhicules du transporteur, se fut confié aux soins de ce dernier, alors qu'il n'a d'autre part ni été constaté, ni même allégué, que la majoration de tarifs... fut intervenue dans des conditions irrégulières... le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision...".

b) LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA DÉFINITION DU CONTRAT D'ENTREPRISE PAR ABONNEMENT

48 - La qualification de contrat d'entreprise appliquée au C.A.S.T. ne rencontre pas d'obstacle majeur. France Télécom fournit comme nous avons pu le constater, la prestation principale d'accès au réseau téléphonique public ainsi qu'un certain nombre de prestations accessoires (99). En outre, il n'existe pas de lien de subordination entre France Télécom et l'usager, celle-ci étant juridiquement totalement distincte de celui-là. Par ailleurs les différents droits et obligations de chacune des parties font l'objet d'aménagement contractuel que nous aurons l'occasion d'approfondir par la suite (100).

49 - La qualification de contrat par abonnement semble en revanche sérieusement contestable. Il apparaît qu'il s'agit en réalité d'une "qualification d'apparat" masquant un contenu beaucoup moins reluisant. C'est ce dont on peut prendre conscience en analysant la structure des prix et la durée du contrat tels qu'ils sont définis dans les conditions générales du C.A.S.T. On exposera ici le contenu du contrat relativement au prix et à la durée des prestations pour en tirer par la suite, les conséquences qui s'imposent.

1) Le prix et la durée du contrat d'abonnement au service téléphonique

** Le prix*

50 - L'article 5 du C.A.S.T. intitulé "Structure des prix" comprend une sorte de déclaration indiquant que "les prix des prestations fournies par France Télécom sont fixés conformément aux lois et règlements en vigueur" (101). Il est possible d'analyser la structure des prix de France Télécom en distinguant les éléments fixes des éléments variables.

---

(99) Cf. ci-dessus l'identification des prestations fournies par France Télécom.

(100) Cf. ci-dessous, deuxième partie.

(101) Outre cette déclaration en forme d'intitulé, l'article 5 du C.A.S.T. comporte quatre paragraphes intitulés respectivement "Frais d'établissement" (art. 5.1), "Abonnement" (art. 5.2), "Communications" (art. 5.3), "Modifications de prix" (art. 5.4).

Il convient de préciser qu'avant la réforme des 2 juillet et 29 décembre 1990, le prix des télécommunications était qualifié de redevance téléphonique et ne semblait pas présenter le caractère d'une rémunération pour service rendu mais s'apparentait à un prélèvement de nature fiscale.

La question s'est posée en 1984, lors de l'examen par le conseil constitutionnel de la conformité à la constitution de la loi de finance pour 1985.

En effet, un décret du 27 juillet 1984 avait procédé à une hausse de la tarification téléphonique. Cette dernière semblait répondre à la seule volonté du gouvernement d'accroître la contribution du service public des télécommunications à l'effort national de redressement économique et ne paraissait nullement justifiée par des charges nouvelles.

L'augmentation des redevances semblait donc destinée au financement de dépenses d'intérêt général et non à celles du service des postes et télécommunications de sorte qu'elle apparaissait comme ayant un caractère fiscal.

Dans ce contexte, une telle hausse aurait dû être, aux termes de l'article 34 de la constitution, du domaine de la loi et n'aurait pu être fixée par décret, comme cela avait été le cas.

Dans sa décision du 29 décembre 1984, le conseil constitutionnel devait refuser de se prononcer sur cette question, en estimant qu'il appartenait aux juridictions administratives de répondre à la question de savoir si le décret avait ou non empiété sur le domaine de la loi.

Le conseil constitutionnel ne semblait cependant pas exclure l'hypothèse selon laquelle l'augmentation de la redevance téléphonique était de nature fiscale (C. const. Décision n° 84-184 D.C. du 29/12/1984, R.D.P. 85, p. 678 à 689 et la chronique de L. Philip, p. 651 à 671).

• Les éléments fixes

51 - Il s'agit tout d'abord de la perception par France Télécom de "frais forfaitaires d'accès au réseau dans des conditions que l'on pourrait qualifier de normales (102). En effet, la ligne présentant "des difficultés exceptionnelles de construction, donne lieu à une "contribution supplémentaire" de l'abonné dans des conditions définies par le "catalogue des prix" (103). L'addition des "frais forfaitaires d'accès au réseau" ainsi qu'éventuellement de la "contribution supplémentaire" constitue des "frais d'établissement" et sont payables dès la "date d'effet" du contrat (104). Il s'agit ensuite du versement d'un abonnement mensuel, qui constitue la contre partie de la simple "mise à disposition du service" (105). Cet abonnement est payable d'avance, tous les deux mois (106). Il peut s'agir enfin, pour l'abonné ayant souscrit un abonnement complémentaire ou optionnel, du versement d'une redevance spéciale additionnée éventuellement de frais particuliers de raccordement (107).

• Les éléments variables

52 - En faisant usage par émission d'appel du numéro qui lui a été attribué, l'abonné "consomme" un certain nombre d'"Unités Télécom" (108). Le nombre d'UT consommé par appel est déterminé en fonction de la "nature, de la durée, de l'heure d'appel et de la destination de la communication" (109). En principe, l'utilisation "simple" de service téléphonique est uniquement calculée en fonction de la durée, de l'heure d'appel et de la destination de la communication. À cette fin, chaque abonné est rattaché à une circonscription tarifaire, décrite par commune et par numéro dans l'annuaire téléphonique, appelée "circonscription de rattachement et dont les limites sont définies dans le recueil des prescriptions de France Télécom" (110). Il existe cependant des services spécialisés, d'une *nature* différente. Dans un tel cas le nombre d'UT consommé peut être soit fixé forfaitairement en fonction d'une durée de communication elle-même prédéterminée (111), soit être déterminé en fonction de la nature du service concerné et de la durée de la communication (112), soit être uniquement fonction de la nature du service auquel on s'adresse, indépendamment de

---

(102) (Art. 5.1, alinéa 1, 2 et 3).

(103) Le document est appelé "prix des produits et services de France Télécom".
Il ne nous a pas été possible de nous procurer le catalogue 1992 qui est commercialisé par France Télécom, contre le versement de 350 F.

(104) Art. 6.1. alinéa 5 (l'alinéa 5 et l'alinéa 6 établissent une distinction entre le montant des frais d'établissement et le montant des abonnements).
Sur la notion de "date d'effet" du contrat, cf. ci-dessous.
Les "Frais forfaitaires" d'accès au réseau s'élevaient au 1er janvier 1991 à 250 F. T.T.C. (catalogue p. 21).

(105) Art. 5.2 C.A.S.T.

(106) Art. 6.1, alinéa 3 et alinéa 6 C.A.S.T.
Au 1er janvier 1991, la redevance mensuelle était de 39 F. T.T.C.

(107) A titre d'exemple, les frais d'accès au réseau numéris s'élevaient à 675 F. H.T. (T.V.A. 18,6 %) en 1991 et l'abonnement à 300 F. H.T.

(108) Art. 5.1. A4 C.A.S.T. en 1991 une unité Télécom coûtait 0,73 F. T.T.C. (ci-après dénommées UT

(109) Art. 5.3 A5 C.A.S.T.

(110) Art. 5.3 A1, A2 et A3. Il ne nous a malheureusement pas été possible d'obtenir la communication de ce recueil.
Il serait vain de vouloir décrire, ici, le système des circonscriptions de rattachement que l'on peut trouver dans tout annuaire.
On peut rappeler en revanche s'agissant des heures d'appel, qu'il existe une période plein tarif appelée "*Tarif rouge*" (Du lundi au vendredi de 8 h à 12 h 30, ainsi que de 13 h 30 à 18 h et le samedi matin de 8 h à 12 h 30) et des périodes à tarif réduit qui se subdivisent en "*tarif blanc*" (30 % de réduction du Lundi au Samedi entre 12 h 30 et 13 h 30 ainsi que du Lundi au Vendredi de 18 h à 21 h 30) "*Tarif bleu*" (50 % de réduction du Lundi au Vendredi de 6 h à 8 h et de 21 h 30 à 22 h 30 ainsi que le Samedi de 6 h à 8 h et de 13 h 30 à 18 h et les Dimanches et jours de fêtes légales à 6 h à 22 h 30) et "*Tarif bleu nuit*" (65 % de réduction) tous les jours, de 22 h 30 à 6 h).

(111) Hypothèse de certains services Kiosque téléphonique accessible par le 36 65 suivi de 4 chiffres.

(112) Cas des services accessibles par minitel tel le 36.15 ou le 36.14.

toute durée (113), soit enfin être totalement fonction tout à la fois de la nature, de la durée, de l'heure d'appel et de la destination de communication (114). L'examen de la structure du prix des prestations proposées par France Télécom dans le cadre du contrat d'abonnement nous permet de percevoir combien le coût de ces dernières peut être variable selon la consommation de l'abonné (115). Il convient en tout état de cause, afin de bien cerner la portée du C.A.S.T. et de comprendre la signification de la structure des prix, de retenir que les différents éléments qui la composent sont exigibles à différentes périodes du contrat. Il convient donc d'évoquer brièvement la durée de ce dernier.

** La durée du contrat*

53 - Il est expressément stipulé que le contrat est conclu pour une durée indéterminée (116). Il est cependant possible de déroger à cette disposition en prévoyant une durée déterminée. Dans cette dernière hypothèse, cependant, la durée minimale de souscription de l'abonnement est d'un an (117). Dans tous les cas, l'abonné qui entreprendrait de résilier son contrat avant l'expiration de cette durée minimale serait redevable de la totalité du montant des abonnements correspondants à cette période (118).

54 - Par ailleurs, il est fait référence à différentes dates à partir desquelles sont calculés divers droits. Il est ainsi possible de distinguer la "date d'effet" du contrat, la "date de mise en service" et la date à partir de laquelle "l'installation permet la communication avec le réseau téléphonique". La "date d'effet" du contrat est celle à partir de laquelle sont dus les frais d'établissement de la ligne (119). Cette date est déterminée unilatéralement par France Télécom, qui se réserve le droit notamment de soumettre son acceptation au degré de solvabilité de l'abonné (120). La "date de mise en service", quant à elle, se distingue de la "date d'effet" dans la mesure où, à la différence de cette dernière, elle est "fixée d'un commun accord avec l'abonné" (121). L'abonnement n'est dû qu'à compter du lendemain de cette date (122). La date à partir

(113) Le fait d'interroger le service renseignement accessible par le 12, est facturé 5 UT quelle que soit la durée de l'appel.
(114) Telle est l'hypothèse du raccordement numéris, ou de l'abonnement "trafic plus". En outre, le paiement des consommations peut être totalement ou partiellement à la charge de l'appelé (numéro vert ou numéro azur).
(115) En outre l'article 5.4 du C.A.S.T. stipule expressément que le prix des prestations peut être modifié. Une telle modification faisant simplement l'objet d'une publication préalable "dans les délais prévus par les règlements en vigueur".
(116) Art. 2.1, alinéa 1 C.A.S.T.
(117) Art. 2.1., alinéa 2 C.A.S.T. Il est possible cependant de déroger aux conditions générales, en souscrivant un abonnement de 6 mois (en option "abonnement téléphonique temporaire").
(118) Art. 12.1, alinéa 4 C.A.S.T.
(119) Il s'agit des frais forfaitaires d'accès au réseau ainsi qu'éventuellement de la "contribution supplémentaire" d'établissement d'une ligne présentant des "difficultés exceptionnelles de construction". L'article 1.2., alinéa 1 stipule que le contrat "prend effet au jour...".
L'article 6.1, alinéa 5, quant à lui, précise que "le montant des frais d'établissement est dû dès la date d'effet du contrat".
(120) France Télécom se réserve le droit d'exiger au moment de la souscription du contrat l'engagement d'une caution solidaire et solvable ou le versement d'un dépôt de garantie non producteur d'intérêt (art. 3 C.A.S.T.).
Par ailleurs, l'article 2.2., alinéa 1 stipule que le contrat "prend effet au jour de l'*acceptation* de la demande par France Télécom".
(121) Art. 2.2., alinéa 1 C.A.S.T.
(122) Art. 2.2., alinéa 4, "L'abonnement n'est dû qu'à compter du lendemain du jour de la mise en service".

de laquelle "l'installation permet la communication avec le réseau téléphonique" est celle à partir de laquelle est calculée la durée du contrat (123).

55 - Cette interprétation peut paraître un peu littérale, elle résulte en tout cas de la formulation de l'article 2 du contrat d'abonnement. Tout d'abord il est certain que la "date d'effet du contrat" est distincte de la "date de mise en service" en raison du fait que si la première est fixée unilatéralement par France Télécom, la deuxième est déterminée d'un commun accord avec l'abonné. Le fait que la "date de mise en service" soit distincte de la date à partir de laquelle "l'installation permet la communication avec le réseau téléphonique peut en revanche être discuté. Il est permis, en effet, de considérer l'installation comme étant "en service" dès l'instant où elle "permet la communication avec le réseau téléphonique". Toutefois, malgré cette observation qui tombe sous le sens, on peut légitimement se demander quelles sont les raisons qui ont poussé les rédacteurs de ce contrat à employer un vocabulaire distinct. On peut très bien imaginer en effet que France Télécom et l'abonné aient pu s'accorder sur une "date de mise en service" mais que pour des raisons techniques la communication avec le réseau téléphonique public ne puisse être établie que plus tard. Dans une telle hypothèse, alors même que l'abonné serait redevable du montant des frais forfaitaires d'accès au réseau, et du montant de l'abonnement, il ne lui serait toujours pas possible de faire usage de son numéro d'appel. En outre, la durée minimale d'un an serait reculée d'autant. L'abonné serait obligé d'en tenir compte dans la demande de résiliation du contrat, alors même que cette prolongation ne lui serait pas imputable. Il en résulte donc un certain déséquilibre contractuel qui ne peut s'expliquer que par la situation de monopole dont jouit France Télécom, et sur laquelle on aura l'occasion de revenir (124). En tout état de cause, cet échelonnement dans le temps des différentes prestations de France Télécom, de même que la structure de celles-ci, permet de tirer certaines conclusions du point de vue de la qualification du C.A.S.T. Le "contrat d'abonnement" dépouillé de ses atours, nous révèle alors l'envers de son décor.

2) La qualification juridique réelle du contrat d'abonnement au service téléphonique

56 - L'analyse de la structure des prestations de France Télécom permet d'en déduire qu'il s'agit bien d'un contrat à exécution échelonnée. En effet, les prestations s'étalent sur une certaine durée. On peut dire, en outre, que chacune d'elles pourraient faire l'objet d'un contrat distinct.

57 - Cependant, malgré l'utilisation de la terminologie d'abonnement dans l'appellation de ce contrat, le C.A.S.T. ne semble pas, au sens strict du terme, être un contrat d'abonnement. Il est ainsi permis d'observer, notamment, que les parties ne connaissent pas l'importance des prestations qui doivent être fournies, au moment de la conclusion du contrat. La souscription de l'abonnement au service téléphonique à cet égard, s'analyse comme celle d'un droit souche permettant à l'abonné de faire appel quand bon lui semble, aux services de France Télécom. France Télécom, ainsi qu'il est stipulé à l'article 1.1. du C.A.S.T. se contente de "fournir l'accès" au réseau téléphonique, c'est-à-dire d'offrir à l'abonné la faculté d'utiliser tout ou partie de celui-ci. Cette seule possibilité est facturée distinctement et constitue l'un des éléments

(123) Art. 2.2., alinéa 3 C.A.S.T., "La durée du contrat commence à courir du jour où l'installation permet la communication avec le réseau téléphonique".
(124) Cf. ci-dessous deuxième partie.

fixes de la redevance versée régulièrement par l'abonné. Le prix, en outre, n'est pas fixé globalement au moment de la conclusion du contrat. La simple mise à disposition du service qui fait l'objet d'une redevance déterminée, payable d'avance tous les deux mois ne peut être calculée dans sa totalité au moment de la conclusion du contrat, en raison du fait qu'elle sera proportionnelle à la durée effective du contrat, laquelle demeure inconnue au moment de la souscription (125). En tout état de cause, le contrat aurait-il été conclu pour une durée déterminée que l'on ne serait pas davantage fixé. L'utilisation effective du service qui donnera lieu à une facturation distincte est laissée à la discrétion de l'abonné et est comptabilisée par le système d'enregistrement du central téléphonique public. Elle fait l'objet de factures adressées tous les deux mois à l'abonné. On peut dire, ainsi, que le contrat s'exécute trait pour trait, chaque terme correspondant à l'exécution d'une partie de ses obligations par France Télécom.

58 - Le contrat d'abonnement au service téléphonique semblerait revêtir en réalité tous les traits caractéristiques d'un contrat cadre, convention initiale à elle seule imparfaite, dans laquelle doivent venir s'insérer toute une série de contrats d'application. La redevance bimestrielle versée par l'abonné qui, en principe, n'est pas sujette à variation et qui constitue un des éléments fixes du prix des prestations, constitue la base sur laquelle viennent se greffer toute une série de prestations distinctes, comptabilisées par France Télécom et facturées tous les deux mois (126). De même que la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, le contrat d'abonnement au service téléphonique est en réalité un contrat de *fourniture* de service téléphonique (127). Le paiement de la redevance par l'usager ouvrant seulement le droit, pour ce dernier, à disposer du service téléphonique pendant la période correspondante.

59 - Cette technique contractuelle moderne qui semble suscitée par les exigences de l'économie de marché à l'heure actuelle, est implicitement critiquée par la jurisprudence lorsqu'elle confère à l'une des parties un avantage excessif par abus de puissance économique (128). Elle peut être d'autant plus critiquable lorsqu'en outre elle s'inscrit comme c'est le cas en l'espèce dans le cadre d'un contrat d'adhésion (129). Le

---

(125) Le contrat étant à durée indéterminée, seule la résiliation par l'une des parties pourra y mettre fin, ce moment, par hypothèse, n'est pas connu au moment de l'engagement.

(126) Cette idée semlbe pouvoir ici être d'autant plus facilement défendue que l'abonnement est payable d'avance alors que le coût des prestations est facturé a posteriori.

(127) Cf. sur ce point B. Gross, précité, n° 48, qui a déjà avancé cette idée alors que le contrat qui conférait l'usage d'une ligne téléphonique était à l'époque un contrat administratif.

(128) Les relations contractuelles entretenues par les brasseurs avec leurs détaillants ou par les compagnies pétrolières avec les pompistes étaient de même nature.
Il s'agissait de contrat de fourniture par le biais d'un contrat cadre dans lequel s'inscrivaient de multiples contrats d'application.
Elles ont donné lieu à la jurisprudence que l'on connait, interprêtant par analogie l'article 1129 du Code civil dans un souci de contrôler le caractère déterminé ou déterminable du prix. (En ce qui concerne les contrats de fourniture de bière liant brasseurs et détailleurs, cf. notamment Com. 14 janvier 1980, 2 arrêts, Bull. civ. IV, n° 16, p. 13 et n° 17, p. 14, J.C.P. 1981, II, n° 19585, note B. Gross.
S'agissant des contrats entres compagnies pétrolières et pompistes, cf. notamment Com. 11 décembre 1978, B. civ. IV, n° 303, p. 249, et 27 avril 1981, B. civ. IV, n° 188, p. 150).
Il a pu être démontré cependant que les critères de contrôle de la déterminabilité des prix par la jurisprudence étaient extrêmement imprécis et contradictoires.
L'analyse du non dit de cette jurisprudence permettrait de constater qu'en réalité les juges rechercheraient à protéger la partie faible et à pallier l'absence de sanction générale en droit français de l'avantage excessif que peut obtenir l'une des parties abusant de sa position économique.
Sur cette analyse, cf. M.A. Frison-Roche, "L'indétermination du prix", précité, R.T.D.C., 1992, p. 269 et s., plus spéc. n° 26 et s., p. 287 et s. et la jurisprudence citée.

(129) Cf. sur ce point, M. Kassem, "L'abus de domination en matière contractuelle, étude comparative", Thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 1992.

déséquilibre contractuel que l'on pressent à l'analyse de l'identification et de la qualification des prestations objet du contrat semble se confirmer lorsque l'on évoque l'économie d'ensemble de ce qu'il faut désormais appeler le **contrat de fourniture de service téléphonique** (130).

II - ANALYSE DYNAMIQUE DU CONTRAT

60 - Un peu à l'image d'un mécanisme dont on aurait démonté les pièces qui le composent, nous avons mis en évidence les principaux éléments qui forment l'ossature du C.A.S.T. Néanmoins, de même qu'il serait vain de prétendre décrire un tel mécanisme en exposant chacun des éléments qui le constituent, il serait illusoire de penser pouvoir comprendre l'économie générale d'un contrat en le réduisant à chacun de ses composants (131). S'agissant du C.A.S.T., il est ainsi permis d'opposer les "prérogatives de France Télécom" aux "droits octroyés à l'abonné". Le contrat, comme on va le voir, demeure fortement inégalitaire. À cet égard, on peut se demander dans quelle mesure la situation de l'abonné se trouve améliorée du fait de la soumission du C.A.S.T. au droit commun. Après avoir ainsi mis en évidence le déséquilibre contractuel nous nous interrogerons donc sur sa portée.

A - LA MISE EN ÉVIDENCE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

61 - Le fait que les relations entretenues par France Télécom avec ses "clients" soient soumises au droit privé est-il de nature à avoir véritablement amélioré la situation de ces derniers ? Il est en effet permis de se demander si les relations qu'entretenait l'ancienne administration des postes et télécommunications avec ses usagers ont été profondément transformées du fait de leur "privatisation". Le vocabulaire est à cet égard révélateur d'une certaine perception régalienne des relations contractuelles (132). On prendra surtout conscience de l'inégalité des obligations de chacune des parties contractantes en les évoquant en parallèle.

a) LES PRÉROGATIVES DE FRANCE TÉLÉCOM

62 - Il est permis de dire que France Télécom se trouve dans une situation contractuelle que tout un chacun pourrait envier dans la mesure où, non contente d'être en

---

L'auteur rappelle ainsi les différents abus qui peuvent résulter du fait de la pratique moderne généralisée du contrat d'adhésion qui a bouleversé l'idée napoléonienne selon laquelle le contrat devait être à la fois l'*œuvre* et la *loi* des parties (Thèse précitée, p. 17 et s., n° 20 et s.).

(130) Par commodité nous continuerons cependant à suivre la dénomination de C.A.S.T.

(131) Un contrat pourrait ainsi être comparé à un système de clauses lequel comme tout système ne peut être réduit à la simple addition des éléments qui le composent. Sur la notion de système et son application en droit, Cf. notamment R. Gassin, "Système et droit", in R.R.J. 1981-3, p. 353 à 356.
Sur le concept de système, Cf. Encyclopédiae Universalis, vol. 15, V° Système, p. 686 et s.
Il est ainsi permis de faire un parallèle entre un contrat et un logiciel en raison du fait qu'ils constituent l'un comme l'autre une catégorie de programme.

(132) C'est ainsi par exemple que le numéro permettant à l'abonné d'émettre et de recevoir des appels (art. 1.2., A1 C.A.S.T.) est "*attribué*" par France Télécom.
De même dans certains cas, France Télécom se reconnaît le pouvoir "*d'émettre*" des factures intercalaires (art. 6.1. A4).
France Télécom, par ailleurs, se reconnaît le droit d'apprécier le bien fondé des réclamations portant sur la facturation par "lettre *portant décision* de France Télécom" (art. 7.2. A3 C.A.S.T.) ainsi que celui de "*modifier les caractéristiques techniques de ses prestations*". Si les conditions d'exploitation ou d'organisation du réseau téléphonique public "*l'exigent*" (art. 11.2. A1 C.A.S.T.).
Dans le même sens, les clauses du contrat sont présentées comme des "*conditions de l'abonnement*" (art. 12.2. A1 C.A.S.T.).

position de monopole dans la délivrance de ses prestations, elle dispose de redoutables moyens de coercition contre l'abonné.

1) La situation monopolistique de France Télécom

63 - Comme nous avons pu le relever précédemment l'accès au réseau téléphonique public n'est pas ouvert à la concurrence de sorte que France Télécom exploitant public créé par la loi du 2 juillet 1990, dispose de l'exclusivité dans la délivrance de cette prestation (133). Il est possible de retrouver trace de cette situation unique, au niveau du contrat, qui est en outre susceptible d'être unilatéralement modifié.

** Le domaine du monopole*

64 - France Télécom se trouve dans une position originale puisqu'elle dispose d'un monopole à chaque extrémité, dans la délivrance des prestations et dans la comptabilisation de la consommation de l'abonné.

65 - • Il est permis d'observer, tout d'abord, que France Télécom dispose d'une exclusivité dans la détermination des moyens juridiques et techniques d'accès au réseau téléphonique public.

66 - D'un point de vue juridique, en premier lieu, il faut souligner que France Télécom définit "les règles d'organisation et de fonctionnement du réseau public" (134). En outre, les équipements terminaux qui permettent l'accès au réseau doivent être agréés par le Ministre chargé des télécommunications (135). En tout état de cause, il est expressément stipulé que "l'accès au service téléphonique" qui constitue la prestation principale du contrat comme on l'a vu "est réalisé conformément..." aux règles ci-dessus, définies par France Télécom (136).

67 - En second lieu, il est expressément stipulé que "France Télécom détermine seule les moyens techniques permettant l'accès au service" (137). C'est ainsi, par exemple que les différents travaux techniques sont réalisés par France Télécom, qu'il s'agisse de travaux spécifiques demandés par l'abonné (138), de l'établissement d'une ligne présentant des "difficultés exceptionnelles de construction" (139) ou de la simple installation normale d'un "point de terminaison" à l'intérieur des locaux de l'abonné selon les indications fournies par ce dernier (140).

68 - • À l'autre extrémité, France Télécom dispose également de l'exclusivité dans la détermination du nombre d'UT consommées par l'abonné. L'article 5.3. alinéa 6 du C.A.S.T. stipule ainsi que "Le nombre d'UT consommées par chaque abonné est déterminé par le système d'enregistrement du central téléphonique". Sous couvert

---

(133) Cf. ci-dessus la situation juridique de France Télécom. La radiotéléphonie est cependant susceptible d'être soumise à la concurrence (Cf. par exemple le réseau S.F.R.).
(134) Art. 4, A1 in fine C.A.S.T.
(135) Art. 4, A7. L'alinéa 5 précise par ailleurs que "le point de terminaison" permettant *l'accès* au service téléphonique est "installé par France Télécom à l'intérieur des locaux occupés par l'abonné", "selon les indications de celui-ci" et à la condition de respecter "les règles définies par le recueil des prescriptions...".
(136) Art. 4, A1 C.A.S.T. En outre aux termes de l'A7, "Le raccordement des équipements terminaux est soumis à une vérification préalable de mise en service conformément aux Lois et Règlements".
(137) Art. 4, A2 C.A.S.T.
(138) Art. 4, A3 C.A.S.T.
(139) Art. 5.1, A2 C.A.S.T.
(140) Art. 4, alinéa 5 C.A.S.T.

d'une disposition anodine insérée en fin de paragraphe se cache en réalité une clause dérogeant aux règles de preuve lesquelles, comme on le sait, ne sont pas d'ordre public (141). France Télécom se trouve ainsi conventionnellement investie de la faculté d'établir et de conserver la preuve de la consommation de l'usager. Il est vrai que ce dernier peut demander, moyennant un supplément de prix, à disposer d'un compteur ayant la même fonction. Cependant, d'une part ce dernier ne fait en réalité qu'enregistrer à domicile les impulsions émises par le central téléphonique, d'autre part en cas de litige seuls les enregistrements du central téléphonique se verront reconnaître réellement une valeur probante sur le seul fondement de l'article 5.3., alinéa 6 du C.A.S.T. (142). Par ailleurs, France Télécom dispose d'un pouvoir unilatéral de modification des dispositions contractuelles.

** L'aménagement du monopole : le pouvoir de modification unilatérale du contrat*

69 - • France Télécom se reconnaît le pouvoir de modifier unilatéralement les "conditions générales ou spécifiques" du contrat d'abonnement à la condition d'informer préalablement l'abonné (143) ainsi que celui de restreindre ou de suspendre certains services offerts, en raison de contraintes techniques (144).

• Il semblerait que l'on puisse inscrire dans le cadre du pouvoir de modification unilatérale la modification du numéro d'appel de l'abonné "pour raisons de service" (145) ainsi que d'autres modifications qui paraissent soumises à des conditions particulières. France Télécom peut ainsi modifier les "caractéristiques techniques des prestations" lorsque "les conditions d'exploitation ou l'organisation du réseau téléphonique public l'exigent" (146).

---

(141) Sur ce point, cf. notamment les travaux de l'A.F.D.I. "Informatique et droit, la preuve" sous la direction de X. Linant de Bellefond, Éditions des Parques, 1987, ainsi que l'ouvrage collectif "Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve : une société sans papier !", sous la direction de F. Gallouèdec Genuys; éd. La Documentation française, 1990.

(142) "Le livre bleu du téléphone" (document précité mis gracieusement à la disposition du public par France Télécom) justifie cette idée en indiquant que les enregistrements du compteur à domicile ne peuvent avoir valeur de preuve en cas de litige en raison du fait que ce dernier peut être débranché.

(143) Article 11.1. C.A.S.T. appelle d'ailleurs plusieurs observations, du fait de sa formulation.
Tout d'abord, il est rédigé sous une forme négative, ce qui peut laisser penser à l'abonné non juriste, qu'il s'agit d'une garantie qui lui est ainsi offerte, alors qu'en réalité France Télécom s'octroie ainsi la possibilité de modifier unilatéralement le rapport contractuel.
En second lieu, les conditions de l'information de l'abonné sont imprécises. Dans quelle mesure, en effet, pourra-t-on dire que l'information de l'abonné a été "suffisante" et "dans un délai en rapport avec les conséquences de cette modification".
La détermination du contenu des critères cumulatifs ainsi formulés incombera en dernier ressort à la jurisprudence même si France Télécom estime que les conditions instituées par l'article 11.1. ont été satisfaites.
En troisième lieu, cette disposition pourrait, de par sa formulation, être elle-même l'objet d'une modification, France Télécom se reconnaissant le droit de modifier unilatéralement le contrat en fixant des conditions d'information de l'abonné, très insuffisantes.
En quatrième lieu, les conditions dans lesquelles les abonnés seront informés, ne sont pas précisées de sorte que l'on ne sait s'il s'agit de l'envoi d'une lettre à chacun d'eux (avec indication des nouvelles conditions) ou de la simple publication dans un bulletin officiel quelconque.
En cinquième lieu, l'objet de la modification est quasiment illimité puisque les articles 11.2 et 11.3 envisagent les hypothèses particulières de modification des caractéristiques techniques ou de modifications portant sur les prix mais que leur formulation laissent penser qu'il ne s'agit que d'exemple ou d'application spéciale de la règle générale définie précédemment à l'article 11.1.
Cette interprétation résulte du fait que l'article 11 est intitulé "modification du contrat" et qu'il est subdivisé en deux sous-titres ("modification des conditions générales ou spécifiques du contrat", article 11.1, et modification des prestations de France Télécom, article 11.2. L'article 11.3 qui prévoit "notamment" la modification des prix mais qui envisage les différentes hypothèses prévues par les articles 11.1. et 11.2, qui n'est précédé d'aucun titre.

(144) Art. 9.1. A2 et art. 12.2 A3 C.A.S.T. Dans tous les cas l'abonné est informé préalablement.

(145) Art. 1.2 A2 C.A.S.T.

(146) Art. 11.2 A1 et A2 C.A.S.T.

70 - France Télécom dispose, en outre, d'un pouvoir de modification des prix de ses prestations dans deux hypothèses particulières. Il peut s'agir, tout d'abord, de la modification des conditions générales ou spécifiques. Il peut s'agir, ensuite, d'une modification imputable à la *modification* des caractéristiques techniques des prestations de France Télécom, cette dernière résultant des exigences des "conditions d'exploitation ou d'organisation du réseau téléphonique public" (147).

71 - • Par ailleurs, France Télécom peut être contrainte pour des "raisons techniques" de restreindre de façon durable ou de suspendre un service offert dans le cadre du contrat d'abonnement (148). Il semblerait cependant que France Télécom se reconnaisse en outre la faculté de supprimer unilatéralement un service faisant l'objet de conditions spécifiques à la seule condition d'en avoir informé préalablement l'abonné. La formulation de cette disposition ne semble pas entrer dans le cadre précédent de sorte qu'il semble s'agir d'un pouvoir que s'octroie France Télécom, qui paraît, dans cette hypothèse, n'être soumise à aucune contrainte (149).. Il convient de préciser que cette situation dominante de France Télécom se trouve confortée par de véritables moyens de coercition dont elle dispose à l'encontre de l'abonné.

2) Les moyens de coercition dont dispose France Télécom

72 - France Télécom se trouve non seulement à l'abri d'une forteresse, derrière des remparts, mais en outre elle dispose de moyen d'action contre l'abonné lequel, à cet égard, se trouve en quelque sorte à "terrain découvert".

** Les moyens d'action de France Télécom*

73 - Il semble résulter des termes du contrat que France Télécom soit en droit d'attendre de l'abonné un certain comportement et qu'elle dispose, en outre, du pouvoir d'apprécier certains aspects de ce dernier et, en dehors de l'hypothèse particulière de la résiliation, de prendre certaines mesures.

74 - • Le droit d'attendre de l'abonné un certain comportement.

Il incombe à l'abonné de prendre en charge certains frais particuliers et de coopérer dans un certain cadre avec France Télécom.

— La prise en charge par l'abonné de certains frais particuliers

75 - En premier lieu, toute une série de frais peuvent occasionnellement venir s'ajouter au prix des prestations. France Télécom peut, tout d'abord, conditionner l'acceptation du contrat, au versement par l'abonné d'un dépôt de garantie non producteur d'intérêts, ou à l'engagement d'une caution solidaire (150). En outre, la réalisation de travaux spécifiques par France Télécom afin de répondre à une demande d'établissement d'une ligne à des "conditions particulières" (151), de même que l'établissement d'une ligne présentant des "difficultés exceptionnelles de

(147) Art. 11.3, combiné aux article 11.1. et 11.2 et aux articles 5.4, alinéa 1 et alinéa 1.
Dans la première hypothèse, il semblerait qu'il s'agisse d'une modification librement déterminée par France Télécom, tandis que dans la deuxième, elle paraît imposée par des contraintes techniques.
(148) Art. 9.1, A2 C.A.S.T.
(149) Art. 12.2 A3, "France Télécom se réserve le droit de supprimer un service faisant l'objet de conditions spécifiques...".
Il est vrai que cet article est inséré dans le paragraphe 12.2 intitulé "Résiliation par France Télécom, mais rien n'interdit de considérer qu'il n'a pas une portée plus large étant donné sa formulation générale.
(150) Art. 3 C.A.S.T.
(151) Art. 4, A3 et A4 C.A.S.T.

construction" (152) sont également à la charge de l'abonné. Il convient de préciser enfin, que France Télécom peut exiger de l'abonné qu'il remplace à ses frais certains équipements terminaux. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle "les conditions d'exploitation ou d'organisation du réseau téléphonique public", exigent de France Télécom qu'elle modifie "les caractéristiques techniques de ses prestations" au point de rendre nécessaire le remplacement de ces équipements (153).

76 - En second lieu, France Télécom est en droit d'exiger de l'abonné, le versement de certaines sommes en cas de litige. C'est ainsi que l'abonné résiliant son contrat avant la "date de mise en service" ou avant l'expiration de la durée minimale d'un an est tenu de verser la totalité du montant de l'abonnement jusqu'à l'expiration de cette période (154). Par ailleurs, France Télécom est également en droit d'exiger de l'abonné contestant le montant de ses factures le versement de l'abonnement à venir, additionné de la moyenne des consommations des six derniers mois précédent, ou de la partie non contestée de la facture (155).

— Le devoir de coopération de l'abonné.

77 - Il faut signaler ici que France Télécom peut exiger de l'abonné qu'il respecte un préavis de sept jours lorsqu'il résilie son contrat (156). Elle est en outre en droit d'attendre de ce dernier qu'il signale les défauts de fonctionnement du service, qu'il aurait constatés (157). L'abonné enfin est tenu de tenir informées les personnes mandatées par France Télécom "de l'existence et de l'emplacement des canalisations de toute nature et de tout autre facteur de risque lors de l'exécution de travaux liés à la ligne..." réalisés dans ses locaux (158) et d'assurer à ces dernières la possibilité d'accéder au local où est situé le point de terminaison de la ligne, à des "heures convenables" (159). Outre ce comportement de l'abonné que les stipulations

(152) Art. 5.1, A2 C.A.S.T.
(153) Art. 11.2, A1, A3 et A4 combinés du C.A.S.T. Dans cette hypothèse, l'abonné en est informé au moins 18 mois à l'avance.
(154) Art. 12.1, A3 C.A.S.T. En réalité la formulation de l'article prête à confusion puisque l'on ne sait s'il s'agit du paiement de la totalité de ce montant quel que soit le moment de la résiliation ou s'il s'agit seulement du solde de l'abonnement jusqu'à l'expiration de cette période.
L'article 12.1, A3 indique en effet "Dans le cas de résiliation du contrat demandée par l'abonné avant la date de mise en service ou avant l'expiration de la durée minimale celui-ci est redevable du montant de l'abonnement pour sa durée minimale".
(155) Art. 7.2, A2 C.A.S.T.
(156) Art. 12.1, A2 C.A.S.T.
(157) Art. 9.1, A3 C.A.S.T. Il lui faudra composer le 13, dont l'appel est gratuit.
(158) Art. 10.2 C.A.S.T. Il est précisé cependant que les personnes mandatées par France Télécom doivent s'enquérir de ces facteurs de risques.
(159) Art. 10.3 C.A.S.T. L'abonné est cependant en droit de demander aux personnes mandatées de justifier de leur qualité.
Il est curieux de remarquer que, sous couvert d'une stipulation contractuelle, se trouve réintroduit non pas un pouvoir de perquisition, mais une sorte de droit de regard, de droit d'ingérence de France Télécom, au domicile de ses usagers (local où est situé le point de terminaison de la ligne).
En effet, l'article 10.3 tel que rédigé n'impose comme seule limite à ce droit d'accès des personnes mandatées par France Télécom, que la possibilité pour l'usager de demander à ces dernières qu'elles justifient de leur qualité.
Aucune condition relative au but poursuivi par les agents des télécoms ou à la durée de la visite n'est fixée.
En outre, l'abonné ne se voit pas reconnaître le droit d'en avoir connaissance et le refus d'accéder à ses locaux, qu'il opposerait aux agents des télécoms, serait susceptible de constituer une inobservation des conditions de l'abonnement entraînant la résiliation du contrat (art. 12-2 A1 C.A.S.T., cf. ci-dessus).
Tous les abus semblent ainsi contractuellement autorisés.
Cela semble d'autant plus regrettable que de semblables dispositions insérées dans le texte de ce qui allait devenir la loi du 29 décembre 1990 ont été annulées par le conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 27 décembre 1990, J.O., 28 décembre 1990, p. 16343).
Une modification de l'article L 40 du Code des Postes et Télécommunications était notamment instituée.

contractuelles paraissent lui imposer, France Télécom dispose d'un pouvoir d'appréciation et de décision.

• Le pouvoir d'appréciation et de décision de France Télécom

— Un pouvoir d'appréciation

78 - L'abonné est considéré comme seul responsable de l'utilisation du service téléphonique à l'intérieur de ses locaux (160). Le volume de sa consommation fait l'objet d'une appréciation par France Télécom qui veille à ce qu'il ne perturbe pas le service (161) et qu'il ne dépasse pas les capacités financières de l'abonné (162). En outre, malgré la désignation éventuelle par l'abonné, d'un tiers payeur, le titulaire de la ligne est considéré par France Télécom comme le débiteur principal, en cas de défaillance de celui qu'il a désigné (163). En tout état de cause, les différents contrats que l'abonné aurait conclus avec France Télécom, sont considérés par cette dernière comme indissociables du contrat d'abonnement au service téléphonique. C'est ainsi que l'éventuel solde débiteur du compte résultant du contrat d'abonnement est "reporté" sur celui des autres contrats liant l'abonné et France Télécom (164) et que la résiliation du C.A.S.T. inclut également celle des "prestations complémentaires ou optionnelles définies dans les conditions particulières" (165). Par ailleurs, France Télécom se réserve la faculté d'apprécier le bien fondé des réclamations de l'abonné contestant le montant de ses factures (166). Dans le cadre de la facturation elle fixe unilatéralement les délais de paiement des sommes dont elle estime l'abonné redevable (167). Il faut préciser enfin que France Télécom semble se reconnaître le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la transmission des informations concernant l'abonné contenues dans ses fichiers ainsi que celle de considérer que telle ou telle personne est habilitée à les connaître (168). En effet, cette transmission est non seulement expressément prévue par le contrat mais, en outre, la seule limite qui paraît lui être assignée, réside dans l'exigence d'une habilitation expresse du

---

Les alinéa 1 et 2 de ce texte prévoyaient ainsi d'accorder à certains agents mandatés par les télécoms le pouvoir d'accéder à tous locaux, aux fins de rechercher et de constater les infractions à la législation sur les télécommunications.

Le conseil constitutionnel a considéré que de tels pouvoirs n'offraient pas assez de garantie en raison de leur généralité et risquaient de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'usager.

"Considérant que ces pouvoirs sont attribués dans le but de rechercher des infractions... qu'ils ne sont assujettis à aucune exigence procédurale... qu'il n'est pas fait mention d'une limitation dans le temps de l'accès aux locaux... que n'est pas non plus prise en considération l'hypothèse dans laquelle les locaux susceptibles d'être visités serviraient pour partie de domicile aux intéressés...".

"Considérant qu'en l'état, les deux premiers alinéas de l'article L 40 ne comportent pas de garanties suffisantes pour assurer le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle...".

À la lecture de l'article 10-3 du C.A.S.T., il est permis de se demander dans quelle mesure le pouvoir de perquisition des agents de France Télécom n'a pas été réintroduit par la fenêtre après avoir été expulsé par la grande porte.

(160) Art. 10.1, A1 et A2.

(161) Art. 10.4, A1 et A2.

(162) Art. 6.1, A3 et A4 implicitement. En se reconnaissant le droit d'émettre des factures intercalaires lorsque "l'importance des consommations de l'abonné le justifie", France Télécom s'octroie implicitement le pouvoir d'apprécier la solvabilité de son client.

(163) Art. 6.1, A2 C.A.S.T.

(164) Art. 8, A5 C.A.S.T.

(165) Art. 12.1, A2 C.A.S.T.

(166) Art. 7.2, A2 et A3 C.A.S.T.. "En cas de rejet de la réclamation le paiement de la somme en litige devient immédiatement exigible". "Les délais de paiement de cette somme sont précisés par *lettre portant décision* de France Télécom...".

(167) Art. 6.2, C.A.S.T.. Les factures adressées à l'abonné indiquent une "date de facture" et une "date limite de paiement".

La date de facture est la date d'établissement de celle-ci, l'article 6.2 précise expressément que les sommes sont dues dès cet instant.

(168) Art. 14, A1 C.A.S.T. Malgré la tournure de phrase restrictive qui semble donc protectrice, il n'en demeure pas moins que France Télécom se reconnaît une telle prérogative.

destinataire, personne physique ou morale. Étant donné qu'il n'est pas fait référence à une procédure législative ou réglementaire d'habilitation particulière il est permis de se demander dans quelle mesure France Télécom ne s'octroie pas un tel droit. Outre cette faculté d'appréciation, France Télécom dispose, en dehors de l'hypothèse extrême de la résiliation, de certains moyens d'action.

— Les mesures susceptibles d'être prises par France Télécom (en dehors de l'hypothèse particulière de résiliation).

79 - Pour ordre croissant de gravité, il est possible de distinguer les mesures suivantes. France Télécom peut tout d'abord réduire le cycle de ses facturations lorsque l'importance de la consommation de l'abonné le justifie et prendre éventuellement les mesures nécessaires à l'adaptation de sa ligne au volume des appels qui lui sont destinés (169). Il lui est également possible de mettre en demeure l'abonné, par lettre simple, en cas de défaut de paiement de celui-ci à la date limite de paiement (170), ou par lettre recommandée avec accusé de réception dans l'hypothèse où il méconnaîtrait les "conditions de l'abonnement" (171), ou encore de suspendre ses prestations dans ces deux derniers cas. Par ailleurs, France Télécom peut également appliquer une majoration en cas de non paiement total ou partiel à la date limite de paiement (172). Il convient de signaler également que France Télécom dispose de la faculté d'interrompre la prescription d'un an prévue par l'article L. 126 du Code des Postes et Télécommunications en adressant à l'abonné une réclamation par lettre simple (173) et qu'en "cas de litige" elle élit domicile à l'agence commerciale du lieu de fourniture des prestations (174). En tout état de cause, outre ces moyens d'action dont dispose France Télécom, force est de constater que celle-ci a peu de chance d'être exposée à des actions engagées par l'usager en raison de son pouvoir de résiliation étendu, et de la limitation de sa responsabilité.

* *Les moyens de protection de France Télécom*

80 - Ils se traduisent par un pouvoir de résiliation étendu et une responsabilité limitée.

• Un pouvoir de résiliation étendu

81 - Il est possible pour France Télécom de résilier le contrat dans deux hypothèses, en cas de défaut de paiement du prix des prestations à la date limite qu'elle a fixée ou bien encore en cas d'inobservation par l'abonné des "conditions de l'abonnement".

— Le défaut de paiement des prestations (175)

82 - Comme nous l'avons déjà indiqué précédemment, les sommes facturées par France Télécom sont dues à la date d'établissement de la facture ("date de facture") et payables dans le délai maximum de quinze jours suivant cette date ("date limite de

(169) Art. 6.1, A3 et A4 C.A.S.T. et 10.4, A1 et A2.
(170) Art. 6.1, A3 et 8, A1 C.A.S.T.
(171) Art. 12.2, A1 C.A.S.T. Cf. ci-dessous la résiliation du contrat.
(172) Art. 6.2. in fine.
(173) Art. 6.3., A1. L'article 126 du Code des Postes et Télécommunications a été réformé par la loi du 2 juillet 1990 précitée.
Il est désormais ainsi rédigé : "La prescription est acquise au profit de l'exploitant public, pour toutes demandes en restitution du prix de ses prestations présentées après un délai d'un an à compter du jour du paiement".
"La prescription est acquise au profit de l'usager pour les sommes dues en paiement des prestations de l'exploitant public, lorsque celui-ci ne les a pas réclamées dans un délai d'un an courant à compter de la date de leur exigibilité".
(174) Art. 13 C.A.S.T.
(175) Art. 8 C.A.S.T. Il est intitulé "Conséquences du défaut de paiement des factures".

paiement") (176), ces deux dates figurant sur la facture adressée à l'usager. Dans l'hypothèse où ce dernier ne se serait pas acquitté de la facture, à la date limite de paiement, une mise en demeure lui est adressée, par lettre simple (177). Cette lettre indique, en principe, un délai au-delà duquel une majoration est appliquée et où France Télécom dispose de la faculté de suspendre tout ou partie de ses prestations (178) et un délai à l'expiration duquel, en cas de non paiement persistant, le contrat est résilié (179).

— L'inobservation des conditions de l'abonnement

83 - Il est possible, par ailleurs, pour France Télécom de résilier le contrat lorsque, en dehors de l'hypothèse particulière du non paiement des prestations, l'abonné ne respecte pas ce qui est ici qualifié de "conditions d'abonnement" (180). Dans une telle hypothèse, France Télécom adresse à l'abonné une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception. À l'issue d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception ou du dépot de l'avis de mise en instance de la lettre recommandée, France Télécom pourra suspendre l'"usage du service". Quinze jours après cette suspension et sans nouvelle mise en demeure, France Télécom pourra résilier l'abonnement de plein droit "si l'inobservation n'a pas cessé et si ses conséquences n'ont pas été réparées" (181). Face à ces possibilités de résiliation, la responsabilité de France Télécom est en outre limitée

• Une responsabilité limitée

84 - Les articles 9.3 et 9.4 du contrat d'abonnement semblent venir démentir aussitôt le principe posé par son article 9.1. En effet, ce dernier stipule que "France Télécom est responsable de la mise en place des moyens nécessaires à la bonne marche du service", alors que les premiers instituent respectivement une exonération et une limitation de responsabilité. En premier lieu, l'article 9.3 C.A.S.T. stipule que "La responsabilité de France Télécom ne peut être engagée à *l'occasion* du

---

(176) Art. 6.2, A.1 C.A.S.T.
(177) Art. 8, A1 C.A.S.T.
(178) Art. 8, A1 et A3 C.A.S.T.
(179) Art. 8, A4 combiné à l'A1 et à l'A3.
En réalité, il est prévu que France Télécom pourra appliquer une majoration et suspendre tout ou partie de ses prestations "en cas de non paiement total ou partiel... à la date limite de paiement... et après mise en demeure par lettre simple, restée sans effet dans le délai indiqué...".
L'alinéa 4 stipule, par ailleurs, que "au cas où le non paiement persiste, la résiliation du contrat intervient dans le délai indiqué par la lettre visée au premier alinéa... sans nouvelle mise en demeure".
L'interprétation de l'article 8 est délicate.
En effet, de quel délai s'agit-il ?
Il ne s'agit pas du délai de paiement de quinze jours compris entre la date de facture et la date limite de paiement, puisque la mise en demeure est adressée postérieurement à cette dernière date.
Il ne s'agit pas non plus du délai indiqué par la lettre de mise en demeure puisque ce délai est expressément visé par l'alinéa 4 de l'article 8, comme celui à l'expiration duquel "la résiliation du contrat intervient... sans nouvelle mise en demeure".
Partant de cette contradiction, on peut conclure :
- soit que la lettre de mise en demeure indique deux délais, le premier à l'issu duquel il sera possible pour France Télécom d'appliquer une majoration et de suspendre éventuellement tout ou partie de ses prestations, et l'autre au-delà duquel le non paiement sera considéré comme persistant et dont l'expiration vaudra résiliation du contrat ;
- soit, au contraire, que la lettre de mise en demeure n'indique qu'un seul délai durant lequel France Télécom est susceptible de suspendre ses prestations et d'appliquer une majoration et à l'issue duquel en cas de non paiement la résiliation interviendra.
(180) Art. 12.2, A1. Il convient de préciser que peut être assimilé à une inobservation des conditions de l'abonnement, le non-paiement par l'abonné, des sommes dues au titre d'autres contrats qu'il aurait souscrits avec France Télécom, de même que le refus de voir reporter le solde débiteur du contrat d'abonnement sur celui des autres contrats (art. 8, A6 C.A.S.T.).
(181) Art. 12.2, A2 C.A.S.T.

contenu des messages ou de la facturation des services d'information ou de transaction accessibles par le réseau téléphonique public". Par ailleurs, l'article 9.4. C.A.S.T. précise que "La responsabilité de France Télécom vis à vis de l'abonné peut être engagée qu'en cas de faute lourde établie à son encontre dans les conditions prévues à l'article L 37 du Code des Postes et Télécommunications" (182).

85 - Au total, la situation de France Télécom apparaît solidement "verrouillée". Si l'on récapitule, en effet, on constate que non contente de disposer du monopole dans la délivrance des prestations et dans la comptabilisation de la consommation de l'abonné, France Télécom s'octroie la possibilité de modifier unilatéralement le contrat et de ne contracter qu'avec des débiteurs solvables. Par ailleurs, dans l'exécution du contrat, elle s'arroge le pouvoir d'apprécier le comportement de l'abonné qui se voit imposer toute une série d'obligations, et d'y donner les suites qu'elle jugera nécessaires. Dans l'hypothèse d'une mésintelligence avec ce dernier, elle dispose de toute une palette de mesures diverses, et d'une faculté de résiliation étendue. L'usager ne pourra, en outre, engager sa responsabilité que sur le fondement de la faute lourde de sorte que France Télécom n'apparaît véritablement soumise qu'à un ensemble d'obligations de moyen très relatives. À cet égard, la situation de l'abonné et de ses correspondants semble beaucoup plus précaire.

b) LES DROITS DE L'ABONNÉ ET DE SES CORRESPONDANTS

86 - La situation de l'abonné apparaît dans une large mesure passive puisqu'en contrepartie de l'usage de la ligne téléphonique qui est ainsi laissé à sa discrétion (183) il ne se voit reconnaître qu'un droit à l'information et des moyens d'action limités.

* *Le droit à l'information*

87 - Les dispositions contractuelles reconnaissent à l'abonné un droit à être informé ainsi qu'un droit de s'informer et de restreindre la diffusion de certaines informations.

• Le droit à être informé

88 - En premier lieu, l'abonné a droit à "une information suffisante" dans un délai ne pouvant être inférieur à un mois, de toute modification des "conditions générales ou spécifiques du contrat", le délai devant, en tout état de cause, être "en rapport avec les conséquences de cette modification" (184). C'est ainsi notamment que l'abonné devra être informé au moins dix huit mois à l'avance, de la nécessité de remplacer à ses frais "certains équipements terminaux" en raison de la modification des "caractéristiques techniques" des prestations de France Télécom (185) et de la suppression d'un service faisant l'objet de conditions spécifiques (186). C'est ainsi également que l'abonné a droit à être informé de la modification unilatérale du numéro d'appel, six mois à l'avance et que ses correspondants sont également

(182) Il semblerait que l'on puisse déduire de ces deux articles, que le premier ne s'adresse qu'aux relations que France Télécom établit avec d'autres contractants (kiosque téléphonique ou télématique) tandis que le deuxième vise plus particulièrement les relations de France Télécom avec ses usagers.
(183) Dans la limite de sa solvabilité et sous réserve qu'il s'acquitte du prix de ses consommations et de son abonnement, et qu'il "observe" les "conditions de l'abonnement".
(184) Art. 11.1 C.A.S.T.
(185) Art. 11.2, A1 et A2 C.A.S.T.
(186) Art. 12.2 in fine "France Télécom se réserve le droit de supprimer un service faisant l'objet de conditions spécifiques après en avoir informé l'abonné, dans les conditions de l'article 11" (C.A.S.T.).

informés de cette modification dans des conditions précisées dans le "recueil des prescriptions de France Télécom" (187). L'usager dispose également d'un tel droit à l'information en cas de "restriction durable" des services offerts dans le cadre du contrat d'abonnement, lorsque France Télécom y est contraint, pour des "raisons techniques" (188).

89 - En second lieu, l'abonné a naturellement le droit d'être informé bimestriellement du montant des sommes dont il est redevable avec indication de la "date de facture" et de la "date limite de paiement" (189), mais en outre il dispose également de celui d'être informé sous la forme d'une mise en demeure par lettre simple des conséquences de son défaut de paiement dans les délais fixés par France Télécom (190). Par ailleurs, il a également le droit d'être informé des voies de recours dont il dispose dans l'hypothèse où France Télécom rejetterait sa réclamation portant sur le montant de ses factures, ainsi que celui de se voir préciser en de telles circonstances, les délais de paiement (191). Outre ce droit purement passif, l'abonné a également celui de s'informer et de restreindre la diffusion de certaines informations.

• Le droit de s'informer et de restreindre la diffusion de certaines informations

— Le droit de s'informer

90 - L'usager se voit reconnaître le droit de disposer d'un exemplaire de la liste d'abonnés, sur laquelle il a vocation à figurer (192) ainsi qu'aux suppléments éventuels. Ce droit est une alternative au droit à "disposer d'un Minitel permettant l'accès à l'annuaire télématique national" moyennant un supplément de prix (193) dans certains cas. Le fait de disposer du Minitel ne supprime cependant pas le droit à obtenir "l'annuaire des abonnés au téléphone par profession" (194). En dehors de cette hypothèse, l'abonné se voit reconnaître le droit d'obtenir de France Télécom "les éléments d'information et les justificatifs établissant en l'état des techniques existantes, l'utilisation faite du service téléphonique", "pendant les onze mois qui suivent la date d'établissement de la facture" (195), ainsi que celui d'obtenir la communication des informations qui le concernent et de les faire éventuellement rectifier (196). Par ailleurs, l'usager est en droit d'exiger des personnes mandatées par France Télécom, aux fins d'accéder "au local où est situé le point de terminaison de la ligne téléphonique", qu'elles "justifient de leur qualité" (197). Il faut préciser également que l'abonné dispose d'une certaine maîtrise sur les informations qui le concernent puisqu'on lui reconnaît la faculté d'en restreindre la diffusion.

(187) Art. 1.2, A1 et A4 C.A.S.T.
(188) Art. 9.1, A2 C.A.S.T. Il n'est pas indiqué de délai d'information particulier, ni de définition de la notion de restriction ou de suspension durable.
(189) Art. 6.1. A1, A3 et 6.2, A1 et A2 C.A.S.T.
(190) Art. 8, A1 C.A.S.T.
(191) Art. 7.2 in fine C.A.S.T.
(192) Art. 1.3, A4 C.A.S.T.
(193) Art. 1.3, A5 C.A.S.T.
(194) Art. 1.3, A6 C.A.S.T.
(195) Art. 7.1 C.A.S.T.
(196) Art. 14, A2 C.A.S.T. Il est précisé que ce droit s'exerce conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.
(197) Art. 10.3 a contrario C.A.S.T.
"l'abonné doit assurer aux personnes mandatées par France Télécom, qui justifient de leur qualité...".

— Le droit de restreindre et de s'opposer à la diffusion de certaines informations

91 - L'usager a droit à ce que les informations qui le concernent soient diffusées dans une certaine mesure, puisqu'il sera automatiquement inscrit dans les annuaires et dans les systèmes d'information de France Télécom, par le simple fait d'avoir souscrit un abonnement téléphonique (198). Inversement, il aura le droit de restreindre ou de s'opposer à cette diffusion en demandant à être inscrit sur la liste orange ou sur la liste rouge. L'inscription sur la liste orange consiste dans le droit de demander à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires commercialisés par France Télécom (199). L'usager a également le droit, moyennant la souscription d'un abonnement spécifique à ce que les renseignements le concernant, ne soient pas communiqués à des tiers, il sera alors inscrit en liste rouge (200). Outre ce droit de l'abonné à l'information, il convient d'ajouter que le contrat lui permet de prendre certaines initiatives, mais que celles-ci sont limitées dans leur nombre et dans leur contenu.

* *Les moyens d'action limités de l'abonné*

92 - Il est possible pour ce dernier dans le cadre des conditions générales du contrat d'abonnement d'obtenir certains aménagements et de disposer de certains moyens en cas de manquement de France Télécom à ses obligations (201).

93 - • L'aménagement des conditions générales du contrat

L'abonné a le droit tout d'abord de demander des "conditions particulières d'établissement" de tout ou partie de sa ligne "dans les conditions prévues au catalogue des prix" et selon le montant figurant aux conditions particulières (202). Il lui est possible également de désigner un tiers payeur, dont la défaillance éventuelle ne l'exonère d'ailleurs pas, de son obligation de paiement (203).

94 - • Les moyens reconnus à l'abonné en cas de manquement de France Télécom à ses obligations

Il y a lieu ici de distinguer l'hypothèse particulière de la résiliation du contrat par l'abonné, des autres.

— Les moyens d'action de l'abonné en dehors de l'hypothèse de la résiliation du contrat

95 - L'usager ayant constaté un "défaut de fonctionnement du service" est en droit de le signaler en appelant gratuitement le service des dérangements de France Télécom (204). Cette dernière est alors tenue d'en assurer la relève, "dans les

(198) Art. 1.3., A2 C.A.S.T.
(199) Art. 1.3, A2 C.A.S.T. L'inscription est en principe gratuite.
(200) Art. 1.3, A3 C.A.S.T. On peut se demander si l'inscription en liste implique réellement une absence totale de communication à des tiers, ou si France Télécom se réserve la possibilité de les transmettre "aux personnes physiques et morales qui sont expressément habilitées à les connaître" (art. 14, A1 C.A.S.T.).
(201) Il lui est bien évidemment possible de souscrire à des options liées au contrat d'abonnement mais ceci n'entre pas dans le cadre de notre analyse.
(202) Art. 4, A2 C.A.S.T.
(203) Art. 6.1, A2 C.A.S.T.
(204) Art. 9.1, A3 C.A.S.T.
Il s'agit en réalité d'une obligation de l'abonné susceptible éventuellement de constituer une inobservation des "conditions du contrat". Elle est analysée ici cependant comme un droit pour l'abonné d'appeler gratuitement France Télécom dans cette hypothèse.

meilleurs délais" (205). Par ailleurs, l'usager a également le droit de ne pas s'acquitter totalement de son obligation de paiement d'une facture dont il conteste le montant à la double condition cependant que France Télécom n'ait pas expressément rejeté sa réclamation et qu'il ait, en outre, versé le montant des abonnements dus, additionnés de la moyenne de ses consommations calculée sur les six derniers mois (206). Dans le même sens, il lui est également possible d'obtenir le remboursement de la mensualité d'abonnement correspondante lorsque les interruptions de service ont été supérieures à trois jours consécutifs, à la condition qu'il en formule la demande et que de telles interruptions ne lui soient pas imputables (207).

96 - On conclura en ajoutant que symétriquement à ce qui a été déjà évoqué pour France Télécom, l'abonné a le droit d'envoyer à celle-ci, par lettre simple, des lettres interruptives de la prescription d'un an prévue par l'article L 126 du Code des Postes et Télécommunications (208), ainsi que celui d'engager la responsabilité de celle-ci, en établissant sa "faute lourde" dans les conditions prévues à l'article L 37 du Code des Postes et Télécommunications (209). En tout état de cause, l'usager pourra également obtenir la résiliation de son contrat mais les conditions de celle-ci sont strictes et son domaine est moins étendu que celui attribué à France Télécom.

— L'hypothèse particulière de la résiliation du contrat par l'abonné

97 - Il résulte de l'analyse du contrat, qu'il existe deux hypothèses de résiliation, l'une générale et l'autre spéciale qui y déroge.

98 - Dans l'hypothèse d'une résiliation "normale", il y a lieu de distinguer, selon que l'abonné en formule ou non la demande à l'expiration de la période minimale d'un an. À l'expiration de la période minimale, il lui est possible, de résilier le contrat à tout moment, à la condition cependant de respecter un délai de sept jours pouvant être réduit selon les possibilités du service (210). Avant l'expiration de cette date ou avant la date de mise en service, la résiliation est possible, mais dans cette hypothèse, l'abonné reste redevable du montant de l'abonnement pour sa durée minimale (211).

99 - Il existe cependant une exception à cette règle, qui est l'hypothèse dans laquelle France Télécom modifie unilatéralement les conditions générales ou spécifiques du contrat, ainsi que celle dans laquelle elle considère que la demande de l'abonné est "justifiée" (212). Dans un tel cas, ce dernier peut résilier le contrat à tout moment, à la condition cependant de respecter un préavis de sept jours (213).

100 - Il est permis d'observer en guise de conclusion, que la place de l'usager dans le contrat d'abonnement n'est à tout le moins pas celle d'un contractant ordinaire. Il se trouve, en effet, en face d'un prestataire de service, en situation de monopole, qui dispose en outre de l'exclusivité dans la comptabilisation de sa consommation et dans la détermination de la valeur probante de celle-ci et qui s'octroie, de plus, un pouvoir de modification unilatérale, des "conditions générales ou spécifiques" du

(205) Idem.
(206) Art. 7.2 C.A.S.T.
(207) Art. 9.1 C.A.S.T.
(208) Art. 6.3 C.A.S.T., Cf. supra.
(209) Art. 9.4 C.A.S.T.
(210) Art. 12.1, A1 C.A.S.T.
(211) Art. 12.1, A3 C.A.S.T.
(212) Art. 11.3 C.A.S.T.
(213) Art. 11.3 et 12.1 C.A.S.T. combinés

contrat. L'abonné, considéré en principe comme le Maître de l'ouvrage, se voit de plus soumis à la loupe de l'Entrepreneur, qui se réserve d'apprécier son comportement en y donnant les suites jugées par lui nécessaires, et qui dispose d'un pouvoir de résiliation étendu à la simple "inobservation" des "conditions de l'abonnement". Les obligations de ce dernier apparaissent, en outre, d'une façon générale comme de simples obligations de moyens très allégées en raison du fait que sa responsabilité ne peut être engagée que sur le fondement de la "faute lourde" (214).

101 - Face à ce "big brother" tentaculaire et insaisissable, qui se réfugie à l'agence commerciale du lieu de fourniture des prestations, en cas de litige, l'abonné n'a que le droit d'être "tenu au courant des événements", éventuellement de se "tenir informé" et de s'opposer à la diffusion des coordonnées de son domicile ou de sa résidence en s'acquittant toutefois, dans ce dernier cas, d'un supplément de prix. Il lui sera cependant vaguement possible d'adresser des réclamations à son entrepreneur et de lui signaler certains dysfonctionnements. En outre, s'il lui venait l'idée de résilier son contrat, il lui faudrait attendre un an à partir de la date d'effet du contrat avant d'y songer, à moins de s'acquitter du montant total de la redevance d'abonnement pour cette période, ou que son entrepreneur n'ait décidé de modifier unilatéralement le contrat ou encore qu'il veuille bien considérer la demande comme justifiée. Devant un tel constat, il est permis de se demander quelle est la portée véritable de ce déséquilibre

B - LA PORTÉE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

102 - On sait, depuis la célèbre formule du Doyen Ripert, que le "Code civil n'avait trouvé d'autre remède à la faiblesse des contractants que la théorie un peu brutale des incapacités, ou le remède hasardeux des vices du consentement. Il lui apparaissait, sans doute, que tout contractant conscient et capable, saurait bien se défendre lui-même" (215). Cette idée classique, formulation du principe d'autonomie de la volonté duquel découle notamment celui de la force obligatoire du contrat (216), peut paraître aujourd'hui dérisoire face au phénomène moderne de la pratique des contrats d'adhésion (217).

---

(214) Il est vrai que l'on distingue entre les clauses d'allégement des obligations et clauses d'allégement de la responsabilité (Cf. Ph. Delebecque, Les "Clauses d'allégement des obligations", in Jcl Contrats, distribution, Fascicule 110 ainsi que du même auteur "Les clauses allégeant les obligations de France Télécom à partir d'une clause limitative de responsabilité).
Cependant le fait même que la responsabilité de France Télécom ne puisse être engagée que sur le fondement de la faute et qu'en outre il soit exigé qu'elle présente une particulière gravité (faute lourde) indique bien que les obligations de France Télécom ne peuvent être considérées que comme des obligations de moyen.
(Sur l'exigence d'une faute analysée comme un critère de la distinction, obligation de moyen, obligation de résultat, Cf. B. Starck, Les obligations, T. 2, Le contrat, Troisième édition Litec par H. Roland et L. Boyer, p. 404 et 405, n° 971 à 974).
(215) G. Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", 4ème édition, L.G.D.J., 1949, p. 97.
(216) Art. 1134 du Code civil, "Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".
(217) Cette pratique semble caractéristique de l'économie moderne et sa banalisation est source d'abus. La situation des "contractants d'adhésion" avait pu être dénoncée en son temps par Josserand "Entre de tels contractants, les uns colossaux, les autres infimes, l'autonomie de la volonté cessait d'avoir un sens. La liberté contractuelle devenait en réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'au profit du plus fort réalisant à coup sûr l'écrasement du plus faible".
Josserand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", R.T.D. civ. 1937, p. 1 et s.
Plus récemment, Cf. M. Kassem, "L'abus de domination en matière contractuelle, étude comparative", Thèse Aix-en-Provence, précité, p. 17, n° 2 et s., "... les entreprises modernes ne sont pas en mesure de discuter chacune de leurs contrats avec leurs clients, ce qui ne serait pas viable économiquement :

103 - Le développement récent de ce type de relations contractuelles devait en tout état de cause amener le législateur à réagir en permettant notamment au juge d'intervenir en contrôlant le contenu et l'exécution du lien contractuel (218). L'examen du contrat d'abonnement téléphonique nous dévoile en toute hypothèse, combien le principe d'autonomie de la volonté dans sa formulation classique peut être dévoyé, si bien que l'on ne peut s'empêcher de se demander quel pourra être le rôle du juge dans le contrôle de son contenu et dans celui de son exécution.

a) LE CONTRÔLE DU CONTENU DU C.A.S.T.

104 - Les abus de domination en matière contractuelle ne sont pas sanctionnés en tant que tels par les principes généraux du droit des contrats (219). En outre, les dispositions particulières propres à certaines catégories de clauses contractuelles n'offrent qu'une protection insuffisante (220). L'abus de domination en matière contractuelle par le biais notamment de l'insertion de clauses abusives, n'est véritablement sanctionné que par des dispositions législatives particulières dont il convient de rappeler le contenu afin de percevoir son application au C.A.S.T.

1) La sanction des clauses abusives (221)

105 - Nous rappellerons ici, successivement, les principes de protection contre les clauses abusives en droit français afin d'évaluer davantage l'évolution de ce dernier.

* *Les principes de protection contre les clauses abusives en droit français*

• La notion de clause abusive

106 - Le critère de la clause abusive, aux termes de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, semble être tout à la foi matériel et formel (222).

---

multiplication des contrats, rapidité et légitime souci de profit sont des facteurs qui empêchent la négociation. Profitant de sa position de force et de l'absence de discussion, le rédacteur du contrat d'adhésion aura toutes les chances de ne prévoir que ses propres intérêts en sacrifiant ceux de l'adhérent".

(218) M. Kassem, Thèse précitée, p. 294 à 368 et 369 à 422.

Du reste, cette tendance moderne à reconnaître au juge des pouvoirs étendus dans le contrôle de l'exécution du contrat, se retrouve également dans celui de sa formation, Cf. sur ce point A. Laude, "La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat", Thèse, Aix-en-Provence, 1992. Il ressort de cette étude que le seul échange des volontés ne suffit pas toujours à la formation du contrat, le juge intervenant tantôt pour constater, tantôt pour affirmer l'existence de ce dernier.

(219) H. Davo, "Clauses abusives", Jcl Concurrence, consommation, Fascicule 820, n° 7 à 15.

(220) Idem, n° 16 à 29. Les règles sont soit inadaptées (art. 1129 C.c., le défaut d'objet entraîne l'annulation du contrat ce qui ne paraît pas être une sanction adaptée) ou ne sont pas respectées (malgré l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1643 C. civ. réputant non écrite une clause limitative de garantie dans un contrat de vente et malgré l'article 46 N.C.P.C. prescrivant la même sanction à l'égard des clauses dérogatoires à la compétence territoriale, de telles clauses continues d'être insérées dans les contrats d'adhésion).

(221) Il n'est bien évidemment pas question d'envisager la totalité de la législation relative aux clauses abusives qui peut être propre à certains types de contrats (H. Davo, précité, n° 31 à 35, il s'agit, pour l'essentiel, du contrat d'assurance, du contrat d'accession à la propriété, du contrat de crédit et du contrat de louage d'habitation.

On évoquera, en revanche, la législation protectrice des consommateurs telle qu'elle résulte des lois n° 78-23 du 10 janvier 1978, de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 sur les actions en justice des associations de consommateurs et de la loi n° 92-66 du 18 janvier 1992, renforçant la protection des consommateurs.

(222) Art. 35 de la loi n° 78-23 du 10/01/1978.

"Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la Commission instituée par l'article 36 en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à la livraison, à la charge des risques, à l'étendue des

— Le critère matériel

107 - Seules certaines clauses peuvent être qualifiées d'abusives. Il s'agit de celles relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix, au versement de celui-ci, à la consistance ou à la livraison de la chose, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution du contrat ainsi qu'à celles portant sur la résiliation, la résolution ou la reconduction de celui-ci. Ces clauses doivent, en outre, avoir été imposées au non professionnel ou consommateur par "abus de la puissance économique de l'autre partie" et avoir conféré à celle-ci un "avantage excessif" (223). En tout état de cause, l'énumération de l'article 35 a pu être considérée comme limitative (224).

— Le critère formel

108 - En principe, seuls les décrets en Conseil d'État, pris après avis de la Commission des clauses abusives, peuvent venir interdire, limiter ou réglementer les clauses abusives. La Commission des clauses abusives instituée par l'article 36 de la loi du 10 janvier 1978 a pour objet de donner un avis sur les projets de décrets, et de recommander aux professionnels de réviser certains de leurs comportements considérés comme abusifs, vis-à-vis des consommateurs. Dans ce contexte, le juge judiciaire n'a, en principe, que le pouvoir de prononcer la nullité des stipulations contractuelles considérées comme abusives selon la procédure visée ci-dessus. En effet, de telles clauses "stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites" (225) lorsqu'elles sont insérées dans les contrats conclus entre "professionnels et non professionnels ou consommateurs".

• Le domaine des clauses abusives

109 - — En pratique, les contrats susceptibles d'être ainsi "abusifs" seront surtout les contrats d'adhésion, même si le texte n'impose pas une telle limite (226). La notion de professionnel, quant à elle, vise la personne physique ou morale, fournisseur de biens ou prestataire de services, établissant des relations contractuelles dans l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, libérale, agricole ou autre (227). La doctrine admet, en outre, que la notion de consommateurs désigne non seulement les personnes physiques qui contractent pour des besoins personnels ou familiaux (228), mais également le non professionnel acquéreur de biens ou

---

responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif".

(223) L'imprécision de ces deux concepts a pu être dénoncée (B. Starck, Le "contrat", précité, p. 269, n° 627 et 628).

On s'est ainsi demandé s'il fallait retenir une conception subjective de la puissance économique (taille de l'entreprise, situation de monopole), ou objective en partant du principe que l'avantage excessif serait révélateur d'un abus et donc d'une puissance économique

En tout état de cause, la notion d'avantage excessif, elle-même imprécise, ne devrait pas être déduite de l'examen isolé de la clause, mais de l'économie d'ensemble du contrat (M. Kassem, Thèse précitée, n° 483, p. 341 et 342).

(224) C'est ce qu'a considéré le Conseil d'État en annulant un décret qui se fondait sur cet article pour déclarer abusives des clauses qui n'entraient pas dans l'énumération de ce dernier (C.E. 3/12/1980, J.C.P. 81, II, n°19502, Conclusions Hagelsteen, D. 81, Jurisprudence p. 228, note Larroumet).

Cette énumération n'est en réalité limitative que dans la mesure où il s'agit pour le gouvernement de réglementer, d'interdire ou de limiter par voie de décret. On peut se demander ce qu'il en est, depuis que le juge judiciaire s'est autorisé à se référer directement aux critères de l'article 35 (Cf. infra).

(225) Art. 35, alinéa 2, loi du 10 janvier 1978.

(226) B. Starck, précité, n° 641 et 642.

(227) Idem, n° 644, p. 277.

(228) Lamy, Droit économique, 1992, n° 1014, et B. Starck, précité, n° 645.

utilisateur de services, non spécialiste du produit ou de l'activité faisant la matière du contrat (229). La jurisprudence semble avoir souscrit à cette analyse (230).

110 - — La notion de professionnel au sens large peut s'adresser aussi bien à des personnes privées qu'à des personnes publiques. Il peut s'agir ainsi de contractants, gestionnaires d'un service public industriel et commercial, en raison du fait que ces derniers dans leur rapport avec leurs usagers, relèvent du droit privé, et du juge judiciaire (231). Le gérant d'un S.P.I.C. présente en effet tous les caractères du professionnel et notamment la supériorité technique et juridique, ainsi que la position monopolistique, tandis que les usagers sont dans la situation de consommateurs ordinaires.

111 - — On rappellera enfin que sur le fondement de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, n'ont été promulgués que deux décrets (232) de sorte que l'on a pu se demander s'il ne convenait pas de faire une nouvelle lecture de celui-ci en reconnaissant notamment au juge judiciaire la possibilité de reconnaître comme abusives certaines clauses sur le seul fondement du critère matériel de l'article 35.

* *L'évolution du droit positif*

112 - Le critère de la clause abusive semble avoir évolué, dans un sens favorable à un élargissement des pouvoirs du juge. Ce dernier se voit cependant imposer certaines limites.

113 - • L'élargissement des pouvoirs du juge judiciaire

Il peut s'observer tant en ce qui concerne la notion même de clause abusive qu'en ce qui concerne les sanctions qui l'affecte.

— La notion de clause abusive semblerait pouvoir être envisagée de façon plus compréhensive.

114 - Il a, en effet, été émis l'idée que l'article 35 avait pour seul objet d'édicter un critère matériel de la clause abusive. Dans cette optique, les décrets en Conseil d'État n'auraient pour seul effet que de limiter ou de réglementer de telles clauses en les déclarant éventuellement illicites. Il conviendrait donc de distinguer les clauses abusives des clauses illicites en partant de l'idée que toute clause peut être déclarée illicite en raison de son caractère abusif, mais qu'en tout état de cause, une clause abusive ne deviendrait illicite que par l'intervention de l'un des décrets prévus par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. Il conviendrait donc de distinguer les clauses illicites des clauses abusives déclarées illicites par décret et les clauses abusives ayant vocation à être déclarées illicites. En outre, parmi ces dernières, il s'agirait de sous distinguer celles qui, répondant au seul critère matériel de l'article 35, seraient "virtuellement abusives" de celles qualifiées d'abusives par la Commission des

(229) B. Stack, précité, n° 646.
(230) Cf. par exemple Paris, 30 septembre 1990, R.T.D. civ. 1990, p. 475, Obs. J. Mestre.
C'est ainsi que le commerçant joaillier qui n'a aucune compétence ni en matière d'édition ni en matière d'imprimerie doit être considéré comme un non professionnel dans ses rapports avec l'éditeur pour l'acquisition d'espace publicitaire.
(Lamy, Droit économique, précité, n° 6858, 2e col. in fine).
(231) B. Stack, précité, n° 649, p. 279 et 280.
Pour une application au contrat d'abonnement électrique liant E.D.F. et l'usager, Cf. T.G.I. Angers, 11 mars 1986, J.C.P. 87, II, n° 20789, note J.-P. Gridel.
(232) Décret du 24 mars 1978 considérant comme abusives certaines clauses en matière de vente (B. Starck, précité, n° 642 et 653, p. 281 et 282), et décret n° 87-1045 du 22/12/1987 (Lamy Droit économique n° 6877).

clauses abusives, et qui devraient être considérées comme des "clauses déclarées abusives" (233). Le juge se verrait ainsi reconnaître le pouvoir de réputer non écrite une clause sinon virtuellement abusive, du moins déclarée abusive par la Commission.

115 - Après de nombreux atermoiements, la jurisprudence semble au moins avoir consacré l'interprétation selon laquelle le juge judiciaire pouvait considérer comme réputée non écrite une clause simplement déclarée abusive par la Commission (234). Cette jurisprudence paraît avoir anticipé sur l'adoption définitive du texte de ce qui est devenu la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 dont l'article 9 prévoyait expressément un tel pouvoir pour le juge, et ne semble pas démentie par le fait qu'en dernière lecture le législateur ait décidé de supprimer cette disposition (235).

116 - — Par ailleurs, la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs permet notamment à ces dernières de demander à la juridiction civile d'ordonner "La suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs" (236). Le critère de la notion de clause abusive visée par l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 semble bien être le critère matériel de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 de sorte que le rôle du juge dans la protection contre les clauses abusives est déterminant, malgré l'absence de décret (237). En matière de clauses abusives, ces pouvoirs se voient cependant imposer certaines limites.

---

(233) Cf. "La notion de clauses abusives et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales, Rapport présenté par le professeur Jacques Ghestin, Annexe II du Rapport d'activité de la Commission cité par J. Ghestin, note sous T.G.I., Paris, 17/01/1990 et Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1989, Dalloz 90, Jurisprudence, p. 289 et s., plus spéc. notes n° 17, 18 et 19. Dans le même sens, Cf. J. Mestre, R.T.D. civ. 1990, p. 277 et 278.

(234) Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, J.C.P. 1991, n° 21763, note G. Paisant, Rev. Contrat, concurrence, consommation, juillet 1991, fasc. 110 et la note p. 3 et 4, D. 1991, Jurisprudence p. 449, note Ghestin, adde M. Kassem, Thèse précitée, n° 499, p. 357 et s. Dans le même sens, Paris, 20 sept. 1991, J.C.P. 92, II, n° 21866, note A. Sinay Cytermann.

(235) Aux termes de l'article 9 du projet de loi Neirtz, le juge pouvait déclarer non écrite "... une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix... lorsque de telles clauses apparaissent comme imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif".
Il apparaît que cette disposition a été abandonnée en raison du fait qu'elle était considérée comme devenue inutile en raison de la jurisprudence du 14 mai 1991, précitée. Sur ce point, Cf. J. Huet, "Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs"), J.C.P. 92, I, n° 3592, spéc. n° 2, p. 274.

(236) Art. 6, loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, J.O. du 6 janvier 1988.
Sur ce texte, Cf. notamment E. Putman, "La loi du 5 janvier 1988, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs", R.R.J., n° 1988-2, p. 341 et s., adde G. Viney, J.C.P. 1988, I, n° 3355, L. Bihl, Gaz. Pal. 1988, I, p. 268, G. Paisant, D. 88, chron. p. 253.
Il convient d'ajouter que cette loi vient d'être modifiée par celle du 18 janvier 1992, qui permet à plusieurs consommateurs victimes d'un préjudice causé par le fait du même professionnel d'exercer contre ce dernier une action en représentation conjointe.
(Cf. G. Raymond, "Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992...", Rev. cont. conc. cons., Février 1992, p. 1 et s. ; Adde J.-P. Pizzio, "La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs", Act. Lég. Dalloz du 26 décembre 1992, com. lég. n° 38 et s..

(237) On distingue ainsi les clauses illicites des clauses abusives (Cf. notamment E. Putman précité, R.R.J., 1988-2, p. 341 et s., spéc. p. 393, n° 21).
La doctrine est majoritaire sur ce point (Cf. M. Kassem, précité, n° 503, p. 360).
En tout état de cause, ce rôle attribué au juge judiciaire est "dans l'esprit" du futur Code de la consommation qui distingue entre "les clauses nécessairement abusives" dont une liste est donnée et à propos desquelles aucune justification ne serait admise et les clauses "présumées abusives" à l'égard desquelles le professionnel serait admis à démontrer qu'elles sont justifiées (M. Kassem, thèse précitée, n° 505 à 510).
En outre, tel semble également être le sens des législations allemandes et américaines (En droit américain, la notion d'"unconscionability" reconnue par le Code de commerce uniforme américain permet au juge constatant que l'une des clauses est entachée d'"unconscionability" de refuser d'exécuter ou de faire exécuter le contrat ou encore de ne pas tenir compte de cette clause).

• Les limites du pouvoir d'appréciation du juge judiciaire

117 - En principe, le juge judiciaire ne peut qualifier d'abusive une clause contractuelle lorsque celle-ci est de nature réglementaire. Cependant, le critère de la clause réglementaire est délicat à déterminer, en outre on s'est posé la question de savoir si le juge administratif ne pouvait pas se voir reconnaître le pouvoir d'apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle imposée par un règlement.

118 - — Le principe selon lequel le juge judiciaire ne pouvait considérer comme abusives les clauses de "caractère réglementaire" a été fixé par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1988 (238). Ce problème se pose essentiellement à propos des contrats liant un SPIC à ses usagers lesquels sont considérés dans leur relation avec ce dernier comme étant dans la situation de consommateurs (239). **Le critère de la "stipulation réglementaire" selon la jurisprudence de la Cour de cassation précitée semble être surtout formel, de sorte que certains actes administratifs considérés comme tels en raison de leur objet ne sont pas compris dans le domaine de celle-ci, au sens de la jurisprudence précitée** (240). Il semblerait en tout état de cause que le caractère éventuellement exorbitant du droit commun d'une clause contractuelle, ne soit pas un obstacle à sa qualification de clause abusive par le juge. Il en sera ainsi notamment lorsque la clause exorbitante consiste dans une stipulation simplement inusuelle dans un contrat de droit civil ou commercial (241).

Cf. également J. Huet, "Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives", précité.
S'agissant de la légalité de l'interprétation de l'article 35 de la loi de 1976, M. Ghestin, dans sa note sous l'arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 14 mai 1991, précise que le critère de la clause abusive est essentiellement matériel et que l'on ne peut déduire de ce texte une totale double exigence du critère matériel et du critère formel. "Il ne peut être déduit de ce texte, comme une évidence que l'annulation des clauses abusives telles que celles-ci sont matériellement définies par le législateur devrait être indivisiblement liée à leur interdiction préalable par un décret pris en Conseil d'État. Si l'on envisage d'abord cette annulation sur le fondement même de la loi du 10/01/1978, ce lien ne résulte pas du texte lui-même mais seulement des travaux préparatoires..." (Ghestin, note sous civ. 1ère, 14 mai 1991, D. 1991, p. 449 et s., spéc. p. 451, 1ère col. in fine et 2ème col).
Pour une application récente de la notion de clause abusive au sens de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 renvoyant au critère matériel de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, Cf. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1992, n° 21819, note G. Paisant.
(238) Civ. 1ère, 31 mai 1988, Bull. civ. I, n° 61, p. 111.
Il s'agissait de stipulations d'un cahier des charges du service des eaux, approuvé par décret. La Cour de cassation devait indiquer que ces stipulations avaient un caractère réglementaire "...de sorte que les tribunaux de l'ordre judiciaire (ne pouvaient) sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, déclarer que des clauses figurant dans (un) décret ou reprises dans un règlement du service des eaux, ont un caractère abusif au sens de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978".
Cf. également la recommandation n° 85-01 CCA concernant les contrats de distribution de l'eau (Lamy, Droit économique, V 18).
(239) T.G.I., Angers, 11 mars 1986, J.C.P. 87, II, n° 20789, note J.-P. Gridel.
"Il n'est pas douteux que la relation entre E.D.F. et ses usagers est de nature contractuelle... De plus, au sens de la lettre comme de l'esprit des dispositions susvisées, l'E.D.F. présente tous les caractère du professionnel et notamment sa supériorité technique et juridique ainsi que la position monopolistique, tandis que ses abonnés présentent eux, tous les caractères du consommateur".
(240) C'est ainsi que le T.G.I. de Mâcon, dans un jugement du 25 février 1991, faisant application de la recommandation n° 85-01 CCA a établi une distinction entre le cahier des charges et le règlement du service des eaux. Ce dernier, bien qu'ayant pour objet l'organisation et la gestion du service des eaux n'a pas été considéré comme ayant un caractère réglementaire en raison du fait qu'il n'avait pas été approuvé par décret.
Le T.G.I. de Mâcon a ainsi considéré que les dispositions du règlement du service des eaux permettant des modifications unilatérales des relations avec l'abonné, étaient de nature contractuelle, et donc susceptibles d'être qualifiées d'abusives, ce qui a pu être critiqué en doctrine (T.G.I. Mâcon, 25 février 1991, C.J.E.G., Décembre 1991, p. 402 et s., note L. Richer, plus spéc. la critique p. 408).
Cf. également la recommandation n° 85-01 émise par la Commission des clauses abusives concernant les contrats de distribution de l'eau (in Lamy Droit économique, fascicule V 18).
(241) J.-P. Gridel, Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D. 84, chron. p. 153 et s., plus spéc. p. 159, 1ère col.

119 - — En revanche, lorsqu'une telle clause est imposée d'une façon ou d'une autre par la puissance étatique, le juge judiciaire ne peut, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, porter une appréciation sur son caractère éventuellement abusif et la réputer non écrite (242). Il n'est pas exclu, cependant, que le juge administratif à qui il appartiendrait de porter une telle appréciation, puisse considérer que la clause exorbitante du droit commun soit susceptible en outre d'être qualifiée d'abusive lorsqu'elle est insérée dans un contrat liant un S.P.I.C. à ses usagers (243). La question ainsi posée reste cependant, à l'heure actuelle, sans réponse (244). En tout état de cause partant de ce rappel des principes applicables en matière de clauses abusives, il convient d'en percevoir l'application au contrat d'abonnement au service téléphonique.

2) L'application de la théorie des clauses abusives au C.A.S.T.

120 - Il ressort de l'exposé qui précède qu'il convient de distinguer au sein du contrat les stipulations qui sont imposées par la puissance étatique des autres, seules ces dernières pouvant être éventuellement déclarées abusives.

** Les clauses contractuelles imposées par la puissance publique*

121 - • Les clauses législatives

Il apparaît que le principe selon lequel la responsabilité de France Télécom vis-à-vis de ses usagers ne peut être engagée que sur le fondement de la faute lourde a été maintenu par l'article 26 de la loi du 2 juillet 1990 et l'article 8 de la loi du 29 décembre 1990. Il ressort de la combinaison de ces deux textes que, dans le cadre des services exclusivement gérés par l'exploitant public, tel le service de téléphonie vocale entre points fixes, la responsabilité de ce dernier ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde (245).

---

(242) Idem. L'auteur cite ainsi l'exemple d'homologation ministérielle ou d'instruction directoriales affectant l'organisation d'un service.

(243) Idem, p. 159, 2ème col. ainsi que P. Sablière, "Clauses limitatives de responsabilité et clauses limitatives des obligations dans les contrats d'abonnement à l'électricité", in C.J.E.G., novembre 1986, p. 395, spéc. p. 395, 1ère col.

(244) P. Sablière, note sous civ. 1ère, 31 mai 1988, C.J.E.G., novembre 1988, p. 418 et s., spéc. p. 420 et L. Richer, note sous T.G.I., Mâcon, 25 février 1991, C.J.E.G., décembre 1991, p. 401 et s., spéc. p. 408, 2ème col. En tout état de cause, la loi ne distinguant pas, il n'y a pas lieu de distinguer entre les clauses limitatives de responsabilité et les clauses limitatives des obligations, le caractère abusif pouvant être reconnu aux unes comme aux autres.

(245) Art. 26 de la loi du 2 juillet 1990, "La responsabilité encourue par les exploitants publics vis-à-vis de leurs usagers du fait de la fourniture de prestations demeure engagée conformément aux dispositions du Code des Postes et Télécommunications, sous réserve des stipulations contractuelles plus favorables aux usagers applicables à certaines catégories de services".

L'article 8 de la loi du 29 décembre 1990 quant à lui modifie l'article L37 du Code des Postes et Télécommunications.

Aux termes de ce dernier "La responsabilité de l'exploitant public peut être engagée à raison des services de communication sur le réseau public en cas de faute lourde, sauf si ces services sont fournis en concurrence avec d'autres exploitants".

"Il en est de même en ce qui concerne les erreurs ou omissions qui pourraient se produire dans la rédaction, la distribution ou la transmission des listes d'abonnés, des réseaux publics établies par l'exploitant public".

Cette limitation de responsabilité était déjà celle en vigueur avant la réforme des télécommunications.

L'ancienne rédaction de l'art. L37 du Code des Postes et Télécommunications (L. du 23/10/1984) était la suivante : "La responsabilité de l'État peut être engagée à raison des services de communication sur le réseau des télécommunications en cas de faute lourde.

Il en est de même en ce qui concerne les erreurs ou omissions qui pourraient se produire dans la rédaction des distribution ou la transmission des listes d'abonnés".

• Les clauses "réglementaires"

122 - Le cahier des charges de France Télécom approuvé par le décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 impose par ailleurs un certain nombre de contraintes que l'on retrouve dans certaines clauses du contrat (246).

— C'est ainsi tout d'abord, que le prix des prestations fournies qui est qualifié de "tarification" est fixé par les pouvoirs publics, ou homologué implicitement par ces derniers (247).

— Par ailleurs, les pouvoirs de modification unilatérale du contrat, de même que les conditions d'information des usagers, sont également institués par le cahier des charges de France Télécom (248). Il en est de même, en outre, des conditions dans lesquelles les agents mandatés par France Télécom accèdent aux installations raccordées au réseau téléphonique, dans les locaux de l'abonné (249), des modalités d'inscription aux différents annuaires (250), des conditions de "suspension" de l'abonnement (251) et des restrictions de celui-ci pour des raisons techniques.

— Il convient enfin d'indiquer que les relations de France Télécom et des fournisseurs de services d'information et de transaction accessibles sur le réseau public sont également déterminées par voie réglementaire, de sorte que la clause d'"allègement des obligations" de France Télécom prévue par l'article 9.3 du contrat d'abonnement semble pouvoir se justifier (252). D'autres stipulations contractuelles paraissent en revanche avoir été librement déterminées par France Télécom.

* *Les clauses contractuelles ne paraissant pas être imposées par la puissance publique*

123 - Il n'est pas dans notre propos d'avoir prétendu à l'exhaustivité dans l'examen des différentes clauses imposées par la puissance étatique, ni dans l'analyse de toutes celles paraissant avoir été librement déterminées. Il convient cependant de mettre l'accent sur le fait que la clause aux termes de laquelle le "nombre d'unités télécom consommées par chaque abonné est déterminé par le système d'enregistrement du central téléphonique public" est source de bien des interrogations (253). Il apparaît que cette stipulation contractuelle ne semble pas avoir été instituée par voie réglementaire et qu'elle place France Télécom dans une situation telle qu'il sera quasiment impossible pour l'abonné de prouver que le nombre d'UT qu'il a consommées n'est pas celui qui a été "déterminé" par le central téléphonique public.

---

(246) Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990, Cf. n° spécial de la revue Droit de l'informatique et des télécoms, 1991 (textes rassemblés par J. Huet), p. 16 à 26.

(247) Cf. notamment article 33 du décret précité, "Modalités de fixation des services nationaux de France Télécom". Il en est du moins ainsi de la tarification des services, des produits et de toute prestation, non ouverts à la concurrence. Cf. également l'art. de J. Chevallier, "La mutation de la poste et des télécommunications en France", précité, in R.T.D.I.T., n° 1990/3, p. 20, 2e col. in fine. Pour une application récente, Cf. Nancy, 2 juillet 1992 in "Les petites affiches", 18 novembre 1992, n° 139, p. 9.

(248) Art. 23, 3ème du décret précité.

(249) Art. 23, 2ème du décret.

(250) Art. 4 et 7 du décret.

(251) Art. 23, 3ème, alinéa 6, "La suspension de l'abonnement téléphonique s'effectue dans les conditions fixées... après mise en demeure restée sans effet, pendant quinze jours". **Il est à noter qu'il s'agit de la "suspension" et non de la résiliation.**

(252) Art. 12 du décret précité.

Il semblerait qu'un allégement des obligations de France Télécom en ce qui concerne le contenu des informations transitant sur le réseau, mais fournies par d'autres prestataires de services, soit institué par cet article.

Cet article semble ainsi permettre à France Télécom de déterminer le contenu de son contrat et donc de ses obligations quant au contenu des informations véhiculées sur son réseau (Sur la distinction entre clause d'allégement des obligations, et clause limitative de responsabilité, Cf. Ph. Delebecque, Jcl Contrat, Distribution, fasc. 110, n° 13 et s.).

(253) Art. 5.3, dernier alinéa du C.A.S.T.

En cas de litige, en effet, toute facturation d'une consommation d'UT pour un montant inférieur à 5.000 F (254) sera prouvée par tout moyen. La charge de la preuve se trouvant renversée par l'effet des stipulations contractuelles ce sera à l'abonné d'établir que sa consommation n'a pas été celle qui lui est facturée. Cependant, étant donné qu'il n'existe pas d'autres enregistrements que ceux du central téléphonique (255) et que l'abonné est responsable de l'utilisation du service téléphonique qui est faite à l'intérieur de ses locaux (256), ce dernier ne pourra véritablement contester sa facture qu'en contestant la valeur probante des enregistrements du central ou en établissant que l'utilisation de sa ligne a été faite à l'extérieur de ses locaux (257).

124 - L'abonné se trouve à cet égard dans une situation plus défavorable que celle dans laquelle il se trouvait avant la réforme des télécommunications. Le juge administratif qui était alors compétent rétablissait la situation inégalitaire des parties en usant de son pouvoir inquisitorial. Il suffisait au requérant contestant sa facture de faire état de présomptions suffisamment sérieuses qui amenaient alors le juge à demander à l'administration de se justifier et qui en tirait les conséquences (258). En tout état de cause, la Commission des clauses abusives a considéré qu'il était abusif de déroger aux règles légales régissant la preuve (259).

125 - D'une façon générale, sans entrer dans le détail de développements qu'il ne saurait être question de reproduire ici, et sous réserve que de telles stipulations n'aient pas été instituées par voie réglementaire, pourraient être considérées comme "déclarées abusives", et comme telles, réputées non écrites :

---

(254) Aux termes de l'article 1341 du Code civil il doit être passé acte devant notaires ou sans signature privée de toutes choses excédant une somme ou une valeur..." fixée à 5.000 F.
Le droit civil sera la plupart du temps applicable dans les relations entre France Télécom et l'abonné.
(255) Le compteur à domicile, en effet, comme on l'a vu, se contente de reproduire le nombre d'impulsions enregistrées par le central.
(256) Art. 10.1 C.A.S.T.
(257) Sur la légalité des conventions portant sur la preuve, Cf. notamment Cl. Lucas de Leyssac, "Les conventions sur la preuve en informatique", in Informatique et droit de la preuve, édition Des Parquets, 1981, p. 143 et *s.*, spéc. p. 148 et 149.
Seul l'aménagement d'une règle de forme et non d'une règle de fond est admise.
Le fait d'acculer l'autre partie en lui interdisant de faire la preuve contraire est un aménagement de la règle de fond.
Or force est de reconnaître qu'en pratique l'abonné se trouve devant une impossibilité d'apporter la preuve contraire. Il se trouve dans une situation plus défavorable que celle de l'usager par rapport à E.D.F., qui dispose d'un compteur à domicile dont il peut contrôler le fonctionnement.
Les enregistrements du central téléphonique public échappent au contraire à tout contrôle de l'usager. **Il ne lui reste comme possibilité de contester ses factures qu'à établir qu'il a été victime d'un branchement pirate ou que les enregistrements du central téléphonique n'ont pas valeur probante.**
Cf. en ce sens, Trib. d'instance de Colombes, 7 mai 1991, Trib. d'instance d'Alberville, 14 novembre 1991 et Trib. d'instance de Dreux, 14 avril 1992 in Les Petites Affiches, n° 139 du 18 novembre 1992, p. 4 à 12, note Elizabeth Brochard sous la direction de Jérôme Huet.
Il ressort de ces jugements que le seul fait d'une consommation anormalement élevée, ne suffit pas à établir l'existence d'une facturation trop excessive, quand bien même l'abonné parviendrait-il à prouver qu'il était absent pendant la période litigieuse.
(258) C.E. 21 octobre 1988, "Pegeault", 2 décembre 1988, "Crayssac", T.A. Paris, 28 février 1989, "Melle Fau", C.E. 21 juillet 1989, "Touhami", 12 mai 1989 et la note de B. Delcros sous ces arrêts in Droit de l'informatique et des télécoms, 1990/3, p. 45 à 62. Il n'était pas exigé de l'abonné qu'il apporte la preuve d'un fait négatif (p. 60), en l'espèce, qu'il n'avait pas téléphoné.
Cf. également, M. Henri, "Le contentieux des facturations téléphoniques, toujours le problème de la preuve", note sous Cour administrative d'appel de Nantes, 25 octobre 1990, conclusion P. Cadenat, in Juris, P.T.T., n° 23, p. 57 et s.
(259) Cf. Recommandation de synthèse, n° 91-01 émise par la C.C.A. "relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs", Lamy Droit économique, précité, formulaire V32, p. 2 in fine, n° 22.

- La clause par laquelle France Télécom constate l'adhésion de l'abonné à des stipulations qui ne lui ont pas été réellement communiquées (260).

- La clause par laquelle France Télécom se réserve la faculté de résilier le contrat en cas d'inobservation des "conditions de l'abonnement" alors que la même faculté n'est pas effectivement reconnue à l'abonné (261).

- La combinaison de clauses qui a pour effet d'obliger l'abonné à verser l'abonnement alors même que l'installation ne permet pas encore la communication avec le réseau téléphonique (262).

- La clause par laquelle France Télécom déroge à la compétence territoriale (263), ainsi que la clause dérogeant au droit de la preuve que nous avons évoquée ci-dessus.

En tout état de cause, certaines clauses, bien qu'instituées par voie réglementaire, devraient pouvoir faire l'objet d'une interprétation assez large en raison des pouvoirs que se reconnaît le juge dans l'interprétation des contrats d'adhésion.

b) LE CONTRÔLE DE L'EXÉCUTION DU C.A.S.T.

126 - La réaction contemporaine suscitée par l'abus de domination en matière contractuelle se traduit par diverses interventions législatives et jurisprudentielles, notamment dans le sens d'une aggravation des obligations de la partie en position de force (264). Cette observation est souvent relevée à propos du contrat de vente, mais semblerait constituer une tendance générale du droit français dans le domaine des rapports contractuels entre professionnels d'une part, et non professionnels ou consommateurs d'autre part (265). S'agissant du contrat d'abonnement au service téléphonique, il semblerait que seraient ainsi susceptibles d'être l'objet d'une telle interprétation les clauses ou combinaisons de clauses instituées par voie législative ou réglementaire (266). Il n'est bien évidemment pas question de les examiner toutes ici, on reprendra simplement celle relative à la limitation de responsabilité à la faute lourde de France Télécom. L'interprétation large de la notion de faute lourde semble

(260) Idem, n° 1. Il est à déplorer que les conditions générales du C.A.S.T. ne soient pas communiquées automatiquement à tout abonné lors de la souscription d'un abonnement et qu'il ne soit pas possible de se procurer "le recueil des prescriptions de France Télécom".
Il est en outre difficilement compréhensible que le catalogue des prix soit commercialisé par France Télécom alors même qu'il est une partie intégrante du contrat auquel l'abonné est censé "avoir adhéré".
(261) Idem, n° 8, art. 12.2 C.A.S.T. La question de la validité de la clause, instituée par l'article 10.3, se pose également, Cf. note supra. note 29.
(262) Idem, n° 12. Sur la distinction entre la "date de mise en service" , à compter de laquelle l'abonnement est dû (le lendemain de cette date, art. 2.2. A4) et la date à partir de laquelle l'installation permet la communication avec le réseau, Cf. supra.
Il convient de préciser qu'aux termes du contrat, France Télécom ne rembourse la mensualité d'abonnement qu'en cas d'"interruption" de service, ce qui suppose qu'il y a déjà eu commencement d'exécution de celui-ci (art. 9.2. C.A.S.T.)
(263) Recommandation précitée, n° 20, art. 13 C.A.S.T.
La juridiction du lieu de fourniture des prestations ne sera compétente que dans la mesure où France Télécom est la défenderesse et non dans tout litige comme cela semble formulé de façon trop générale.
(264) Le contrôle de l'exécution du contrat par le juge est le second volet de la réaction contemporaine de rééquilibrage imposé, du lien contractuel (M. Kassem, Thèse précitée, p. 369 et s.).
(265) Cf. G. Cornu, "Rapport sur la protection du consommateur en droit français", in Travaux de l'Association H. Capitant, 1973, p. 131 et s.
(266) A moins que l'on considère qu'il s'agit d'une question préjudicielle auquel cas le juge administratif serait seul appelé à en connaître (Sur cette question, Cf. notamment P. Sablière, note sous civ. 1ère, 31 mai 1988, C.J.E.G., p. 418 et s., spéc. p. 420).
Cette idée doit cependant être réfutée en raison du fait que le juge judiciaire est toujours compétent pour connaître les différents portant sur le contrat liant un S.P.I.C. à ses usagers, quand bien même contiendrait-il des clauses exorbitantes de droit commun (Trib. des conflits, 17 décembre 1962, "Dame Bertrand", A.J.D.A., 1963, I, p. 88 et C.E., 13 octobre 1961, "Société des établissements Campanon Rey, A.J.D.A., 1962, I, p. 58, concl. Heuman).

d'autant plus opportune qu'il existait avant la loi du 2 juillet 1990 une jurisprudence administrative relativement souple en la matière.

* *La faute lourde en droit commun*

127 - En droit commun, la faute lourde comme l'on sait est assimilée au dol et a essentiellement pour objet d'écarter les clauses limitatives de responsabilité (267). C'est ainsi qu'a été considéré comme faute lourde, le fait pour un conducteur de camion d'abandonner, durant plus d'une heure, son véhicule chargé de marchandises précieuses (268), ou encore le fait pour un banquier d'avoir manqué à son obligation de surveillance en ne vérifiant pas l'identité de la personne qui demandait l'accès au coffre fort (269) ou encore la négligence d'une société intérimaire fournissant une aide comptable déjà condamnée pour détournement (270). On peut donc observer que la limitation de la responsabilité de France Télécom dans le cadre du C.A.S.T. est le moins que l'on puisse dire, dérogatoire au droit commun.

* *La faute lourde en droit administratif*

128 - Ce régime de responsabilité qui était déjà celui de l'ancienne administration des postes avant la réforme du 2 juillet 1990 était l'objet d'une interprétation de la jurisprudence administrative qui cherchait à en réduire le domaine d'application et à entendre la notion de faute lourde dans un sens particulièrement large (271).

129 - — La jurisprudence administrative a tout d'abord considéré que l'alinéa 1 de l'article L 37 du Code des Postes et Télécommunications ne limitait la responsabilité de la puissance publique que dans le cadre des dommages résultant de l'impossibilité soudaine d'établir une communication, de l'interruption d'une communication, ou encore de la transmission défectueuse de son contenu (272). En revanche, les dommages provoqués par un fonctionnement défectueux de l'installation téléphonique d'un usager, de même que ceux liés aux travaux d'installation du téléphone dans un appartement ou ceux résultant de la suspension ou de l'interruption d'un abonnement téléphonique ne relèvent pas du domaine de l'article L 37 du Code des Postes et Télécommunication, de sorte que, dans ces cas, la jurisprudence se réservait la faculté d'apprécier la gravité de la faute commise par la puissance publique (273).

130 - — Par ailleurs, la notion de faute lourde appliquée à la responsabilité de l'administration des Postes et Télécommunications semblait être entendue de façon

(267) B. Starck, précité, T. 2, n° 1552 et s., p. 636 et s. Sur l'assimilation de la faute lourde au dol, Cf. Com. 7 mai 1980, J.C.P. 80, II, n° 19473, note Rodière.
(268) Paris, 27 février 1988, D. 88, I.R., p. 88, cité par B. Starck, p. 637.
(269) Civ. 1ère, 15 nov. 1988, D. 88, I.R., p. 281, cité par B. Starck.
(270) Paris, 12 nov. 1981, D. 82, I.R., p. 136, cité par Starck.
L'auteur cite également l'exemple d'un ingénieur conseil spécialement mandaté qui n'avait pas procédé au contrôle des dispositifs de sécurité d'une grue et qui n'avait pas non plus attiré l'attention de l'entreprise utilisatrice, sur une telle nécessité.
D'une façon générale, les tribunaux judiciaires qualifient de faute lourde, toute faute prouvée caractérisée (négligence, imprudence, comportement inexcusable), B. Starck, précité, n° 1388, p. 569.
(271) Lamy, Droit de l'informatique et des télécoms, précité, édition 1992, n° 1431 et s., p. 909 et s.. Cf. ci-dessus note 245, l'ancienne rédaction de l'art. L37 du Code des Postes et Télécommunications.
(272) Idem.
(273) Idem, p. 909 in fine et 910 respectivement C.E. 9 février 1972 "Amaury", J.C.P. 72, II, n° 17033, C.E. 15 juillet 1960, "Leventis", n° 15885, et C.E. 16 novembre 1984, Lecompte n° 43947.

relativement souple par la jurisprudence administrative (274). Il a ainsi été admis que l'exploitant public avait droit à l'erreur, mais que les "retards excessifs" ou les "délais anormalement longs" apportés dans la remise en état d'une installation ou dans la rectification d'une erreur dans les listes d'abonnés, étaient constitutifs d'une faute lourde (275). C'est ainsi également que la faute professionnelle grave d'un agent, de même que le refus de donner suite à une réclamation sans raison valable ou encore le simple fait de réitérer une omission plusieurs années de suite, mettant en évidence une totale incapacité des agents de France Télécom à revenir sur leurs erreurs, sont également constitutifs de la faute lourde de l'article L 37 du Code des Postes et Télécommunications (276).

** Les perspectives d'avenir*

131 - — La jurisprudence civile pourrait ainsi utilement s'inspirer des principes posés par la jurisprudence administrative à propos de la définition de la faute lourde de l'exploitant public France Télécom, condition nécessaire de la mise en œuvre de sa responsabilité dans le cadre du C.A.S.T. Il serait même souhaitable qu'elle aille plus loin (277). Prenons garde à ce que le scintillement du droit privé ne précipite le vol des alouettes...

(274) En droit administratif, la faute lourde est la faute caractérisée, c'est-à-dire celle dont l'existence et le degré de gravité, sont difficilement contestables, ou que les circonstances de fait et de droit dans lesquelles elle est survenue, conduisent à considérer comme inexcusable.
(275) Respectivement C.E. 15 mai 1981, 5 novembre 1982 et 27 juillet 1984, Actes in Lamy Droit de l'informatique, n° 1434, p. 911.
En l'espèce, il s'agissait d'une "faute caractérisée du service".
(276) C.E. 5 novembre 1982 et C.E. 27 juillet 1984 précités.
Il s'agit alors d'une faute qualifiée de l'agent. Il en est de même de la négligence des agents qui, prévenus par un usager d'une erreur dans l'établissement des notes d'abonnés, ne signalent pas cette erreur aux services de renseignement qui continuent à transmettre une information inexacte. (Trib. administratif de Paris, 18 septembre 1982, "Gauthier", cité in Lamy, n° 1435).
(277) Il semblerait que l'on perçoive déjà les premiers frémissements. C'est ainsi que la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mai 1990 a considéré que l'omission du numéro de téléphone dans une annonce publicitaire insérée à l'annuaire des abonnés au téléphone constituait une faute lourde écartant toute clause limitative de responsabilité (Com. 9 mai 1990, Juris. P.T.T., n° 21, p. 72, note Bonan).

R.R.J. 1993-1
Pages 61 à 94

- II -

DROIT ADMINISTRATIF

L'ÉVOLUTION DU STATUT PARTICULIER DE LA CORSE

Par

Jean-Claude ACQUAVIVA
Maître de Conférences en Droit Public à l'Université de Corse

Depuis la réélection de M. François Mitterrand à la Présidence de la République, la gestion gouvernementale du problème corse se pratiquait au sein d'un comité interministériel dont les communiqués révélaient les adaptations de la politique en la matière.

Le 6 octobre 1988, le comité avait pris l'engagement de "mettre en place les moyens nécessaires à un rigoureux respect de l'État de droit dans l'île", mais quelques mois plus tard, au printemps 1989, un conflit social de grande ampleur a paralysé la Corse, interrompant le cours normal de la politique du ministre de l'intérieur, Pierre Joxe.

Le 26 octobre 1989, le comité a annoncé que le Gouvernement demeurait "ouvert à toute proposition de réforme du statut particulier de 1982 allant dans le sens d'une plus grande efficacité des institutions locales". Le ministre de l'intérieur se disait "prêt à rencontrer toutes les organisations politiques démocratiques" souhaitant "engager un débat avec le Gouvernement sur l'évolution des institutions dans cette perspective".

Un mois plus tard, une visite des parlementaires de la Corse au Premier ministre concrétisait déjà les premières démarches de M. Joxe, et le 16 janvier 1990, le comité traduisait l'avancement des travaux en évoquant la possibilité d'élaborer un projet de loi "avant la session de printemps".

Les entretiens menés par M. Joxe se sont donc poursuivis, et, au fil des jours, un petit groupe d'interlocuteurs réguliers s'est constitué, que la presse n'a pas tardé à surnommer "la bande des quatre" (1).

La particularité de ce groupe tenait à l'appartenance de ses membres à des formations politiques variées, issues de la Gauche, de la Droite, mais aussi des nationalistes. Cette méthode n'était pas sans rappeler celle qui avait réussi en Nouvelle Calédonie. Dans la mesure où on a pu imputer l'inapplication partielle du statut de 1982 au fait que les élus régionaux y étaient majoritairement opposés (2),

(1) J.-L. Andréani et M. Codaccioni identifient ces interlocuteurs comme étant MM. H. Antona (R.P.R.), L. Croce (P.S.), J. Rossi (U.D.F.) et M. Simeoni (Autonomiste), (*Le Monde*, 26 mai 1990). Voir dans le même sens l'article de Y. Stavridès in *L'Express*, n° 2037, 20-26 juillet 1990.
(2) J.-C. Acquaviva, "Les compétences particulières de la Région Corse : un potentiel mal exploité", *R.S.A.M.O.*, n° 24-25, mars 1989, p. 87.

cette stratégie consistant à rechercher la réconciliation et le consensus paraissait effectivement opportune, mais elle comportait corrélativement un énorme risque : celui d'aboutir au résultat inverse. En effet, la Corse est politiquement scindée en deux camps opposés qui sont, d'une part, la classe politique traditionnelle -que l'on qualifie souvent de clan- et d'autre part, les nationalistes. Réconcilier les deux camps dans leur totalité relève de la véritable gageure ; le seul objectif qu'on puisse raisonnablement atteindre se limite à associer dans une démarche commune une partie du clan et une partie des nationalistes, mais la conséquence de cette double scission semble devoir être la radicalisation de la partie qui, dans chaque camp, a refusé le compromis.

Le 23 mai 1990, le ministre de l'intérieur a concrétisé ses consultations en adressant une lettre, rendue publique, aux parlementaires de Corse, ainsi qu'aux membres de l'assemblée régionale et aux présidents de ses Conseils consultatifs (3).

La missive contient trois constats suivis de deux séries de propositions :

- Le troisième constat est assez vague : "La Région de Corse n'a pas trouvé l'efficacité et l'équilibre correspondant à l'évolution sociale et culturelle de la société insulaire dont chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître l'originalité" (4). C'est en tout cas un constat d'échec.

- Le deuxième constat paraît plus précis : "Le statut de 1982 a rapidement perdu une grande part de son originalité avec la définition du régime général des institutions régionales" et les adaptations législatives nécessaires n'ont pas pu être menées à bien (...)" (5).

- Le premier constat est essentiel : "Les compétences dans les domaines cruciaux du développement économique et culturel sont trop souvent partagées de manière incertaine entre les différentes collectivités locales et l'État : elles ne sont pas suffisamment concentrées à un échelon de décision capable d'assumer pleinement les responsabilités qui en découlent".

C'est de ce premier constat que partent les deux séries de propositions :

- La première série a trait à l'organisation administrative. Le ministre y réaffirme sa volonté de "revenir aux principes mêmes de la décentralisation" en créant des "institutions établissant un lien tangible entre l'exercice des compétences et la responsabilité réelle de ceux qui ont la charge de les exercer". Pour ce faire, il préconise la création d'une collectivité "en dehors du droit commun des régions créées depuis 1982, comme la Constitution, et notamment son article 72, en donne la faculté au législateur". Cela permettrait d'organiser "l'élection des membres de l'assemblée de Région sur une base régionale", de donner à son exécutif "davantage de compétences et donc de responsabilités en le dissociant clairement de la présidence de l'assemblée elle-même" et de garantir à la Corse "la mise en œuvre d'adaptations législatives nécessaires à son développement". De plus, "les membres de l'exécutif, élus par l'assemblée, seraient responsables des grands dossiers intéressant l'avenir de la Région et, par exemple, présideraient de droit tel ou tel office, dont le statut serait modifié en conséquence".

- La seconde série de propositions a trait aux compétences. Le ministre s'y montre beaucoup moins précis. Il évoque la possibilité, pour la Région, "de

(3) J.-P. Pastorel, C. Olivesi, "Réflexion sur la lettre du 23 mai 1990 du ministre de l'intérieur aux élus corses", *R.S.A.M.O.*, n° 28, décembre 1989, pp. 244-247.

(4) Allusion à la motion du 13 octobre 1988 par laquelle l'assemblée régionale, pourtant dominée par les conservateurs, a affirmé l'existence du peuple corse. Il est vrai que ce texte a été éclairé par un autre, la motion du 11 mai 1990, précisant que l'assemblée n'a sollicité ni du législateur, ni, a fortiori du pouvoir constituant, la reconnaissance d'un peuple corse juridiquement distinct du peuple français.

(5) Allusion, semble-t-il, au pouvoir de proposition dont disposait l'assemblée de Corse aux termes de l'article 27 de la loi n° 82.214 du 2 mars 1982 ; l'État n'ayant pas toujours accueilli favorablement les vœux de réformes émis par les élus régionaux.

proposer ou de décider" des adaptations nécessaires "en fonction de la nature de la règle juridique". L'assemblée de Corse aurait la responsabilité "d'élaborer un plan pour la langue corse" ; la Région se verrait reconnaître "une compétence d'attribution" en matière culturelle ; elle aurait la charge "d'élaborer un plan de développement" et un "schéma d'aménagement" ; elle pourrait aussi "concevoir un ensemble cohérent de dispositions dans le domaine des transports" pour lequel elle disposerait d'une "compétence générale d'organisation des liaisons avec le continent" ; elle aurait enfin un pouvoir de "propositions concernant la fiscalité".

Les imprécisions de la missive avaient pour but avoué de permettre à ses destinataires de faire connaître leurs réactions. En réalité, c'est l'ensemble de la classe politique insulaire qui allait débattre des propositions ministérielles, et la divergence des positions a bien montré que les risques de division recelés par la méthode l'emportaient sur les chances de consensus (6).

Les nationalistes se sont naturellement montrés réservés, mais ils ont été victimes de divisions : divisions entre les différents mouvements d'une part, puisque l'A.N.C. (7) paraissait plus défavorable que l'U.P.C. (8) ; divisions au sein d'un même mouvement d'autre part, puisque la C.N. (9) sera l'objet d'une dissidence des militants ouverts à la démarche de M. Joxe, qui créeront le 25 novembre 1990 le M.P.A. (10).

Les forces politiques classiques n'ont pas non plus été épargnées par des divisions d'autant plus graves qu'elles ne recoupaient pas les clivages traditionnels.

À gauche, il n'y avait pas que des réactions favorables. Le M.R.G. était hostile, le P.C. était réservé et au sein même du P.S., la Fédération de Corse du Sud était nettement moins engagée que celle de Haute Corse qui avait pris l'initiative de dialoguer avec les nationalistes et avec la droite.

À droite, il n'y avait donc pas que des opposants. Si le F.N., le R.P.R. et l'U.D.F. étaient globalement hostiles, certaines individualités se sont montrées disposées à collaborer avec le ministre de l'intérieur. Parmi elles, M. J. Rossi, Président du Conseil Général de la Corse du Sud et député U.D.F., a joué un rôle essentiel dans l'avènement du nouveau statut. Il est l'auteur d'une proposition de loi datée du 10 septembre 1990 et qui préfigurait sur bien des points le projet du Gouvernement.

Le 31 octobre 1990, le Conseil des ministres a adopté le projet Joxe, non sans avoir ajouté, pour tenir compte de l'avis du Conseil d'État, que le peuple corse reconnu à l'article 1er est une "composante du peuple français". L'originalité de ce projet consiste en la création d'une catégorie de collectivité territoriale ne comprenant qu'une unité, afin de n'être plus tenu par le droit commun des régions et d'accentuer ainsi les spécificités dont la Corse disposait déjà en tant que Région à statut particulier (11).

Le 2 novembre 1990, le projet a été déposé à l'assemblée nationale et la commission des lois, qui s'en est saisi, a accompli un geste exceptionnel en désignant M. J. Rossi, député d'opposition, comme rapporteur. La discussion en séance publique s'est déroulée les 21, 22 et 23 novembre et le texte a été adopté par 275 voix contre 265.

---

(6) C. Olivesi, "Le "projet Joxe" : vers une recomposition du paysage politique insulaire ?", *R.S.A.M.O.*, 1er et 2ème trimestre 1990, n° 29-30, pp. 104-115 ; du même auteur, "Motivations gouvernementales pour une réforme", *R.F.D.A.*, 1991, p. 706.
(7) *Accolta Naziunale Corsa.*
(8) *Unione di u Populu Corsu.*
(9) *Cuncolta Naziunalista.*
(10) *Muvimentu Per l'Autodeterminazione.*
(11) Exposé des motifs du projet de loi (*J.O.*, doc., A.N., n° 1692, p. 3).

Le Gouvernement avait déclaré l'urgence mais les circonstances n'ont pas joué en sa faveur. Le Sénat n'a guère eu le temps d'examiner le projet avant la clôture de la session d'automne et si la réunion d'une session extraordinaire pour le début de l'année 1991 a bien été programmée dès le mois de décembre, le déclenchement de la guerre du Golfe a occasionné son report.

Le 19 mars 1991, lorsque s'est ouverte la session, c'est un nouveau ministre de l'intérieur, M. Marchand, qui a dû défendre le projet Joxe. Le Sénat en a discuté les 20, 21 et 22 mars, pour adopter par 229 voix contre 85 un texte très amendé.

La déclaration d'urgence a permis au Premier ministre de réunir immédiatement après, une commission mixte paritaire, qui n'a pu trouver aucun compromis. Dès lors, le Gouvernement pouvait, après une nouvelle lecture par chaque assemblée, demander à l'assemblée nationale de statuer définitivement.

La discussion des députés les 3 et 4 avril a abouti à l'adoption du texte par 274 voix contre 262. Les sénateurs ont été plus brefs en votant le 11 avril la question préalable qui revenait au rejet du texte. L'adoption définitive par l'assemblée a eu lieu dès le lendemain par 276 voix contre 262. Mais plus de soixante députés, plus de soixante sénateurs et le Président du Sénat lui-même ont saisi le Conseil constitutionnel (12).

De la décision rendue par le Conseil le 9 mai (13), l'opinion publique n'a retenu que la déclaration de non conformité de l'article 1er reconnaissant l'existence du peuple corse (14). Pour démontrer que "le concept juridique de 'peuple français' a valeur constitutionnelle", le juge cite le Préambule de la Constitution de 1958 par lequel ce peuple proclame son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le Préambule de 1946 ; il détaille les dispositions consacrées par ces textes et par la Constitution elle-même au peuple français et conclut que, plus généralement, la référence à ce peuple "figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels". Le considérant de principe se base sur l'article 2 de la Constitution, qui affirme que la République est indivisible, mais surtout, qu'elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; "dès lors la mention faite par le législateur du 'peuple corse, composante du peuple français' est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion" (15). Cette position du Conseil constitutionnel n'est pas étonnante, tant elle est conforme à la tradition du droit public français née de la Déclaration de 1789. Il est cependant singulier de songer que Jean-Jacques Rousseau, qui est largement

(12) *J.O.*, 14 mai 1991, p. 6364.

(13) Décision n° 91.290 DC du 9 mai 1991, *J.O.* 14 mai 1991, p.. 6350. Cf. les nombreux commentaires qu'elle a suscité : C. Carpentier, *Les petites affiches*, 1991 n° 82, p. 20 ; R. Etien, *Revue administrative*, 1991, p. 234 ; L. Favoreu, *R.F.D.C.*, 1991, p. 305 et p. 487 ; B. Genevois, *R.F.D.A.* 1991, p. 407 ; C. Houteer, *Les petites Affiches* 1991, n° 74, p. 15 et n° 80, p. 21 ; F. Luchaire, R.D.P. 1991, p. 943 et *R.F.D.C.* 1991, p. 484 ; J.-P. Pastorel, *Droit Prospectif* 1992, p. 55 ; S. Pierré-Caps, *R.S.A.M.O.* 1991, n° 31.

(14) Le statut de 1982 avait déjà procédé à cette reconnaissance, mais dans l'exposé des motifs. La volonté de franchir une étape supplémentaire en l'inscrivant dans un texte à caractère normatif a conduit à la censure du Conseil constitutionnel.

(15) Sur ce problème, la doctrine avait surtout débattu de l'indivisibilité de la République, qui n'est qu'évoquée par le Conseil constitutionnel ; - A. Demichel soutenait que "la référence au peuple corse ne comporte pas de traduction étatique. Elle ne contredit donc pas le principe d'indivisibilité de la République (...). En droit français il n'y a de souveraineté qu'au niveau de la nation (...). L'arrimage juridique peuple-souveraineté ne joue que pour le peuple-nation, c'est-à-dire le peuple français dans son ensemble (*Le Monde*, 22 novembre 1990, "Fausse tempête pour un vrai peuple").
- L. Favoreu estimait au contraire qu'"il ne peut y avoir dans la République indivisible proclamée par la Constitution de 1958 qu'un seul peuple, 'le peuple français' " (*Ibidem*, "il faut réformer le Constitution").

l'inspirateur de cette tradition (16), est aussi l'auteur d'une petite phrase célèbre concernant le peuple corse (17).

L'article 1er étant séparable du reste de la loi, sa non conformité à la Constitution n'a aucune conséquence sur le nouveau statut de la Corse. Le Conseil constitutionnel a estimé que dès lors qu'il respecte la libre administration des collectivités locales, les prérogatives de l'État et la répartition des compétences entre la loi et le règlement (18), le législateur peut créer, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution "une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, même ne comprenant qu'une unité" et la doter "d'un statut spécifique" (19).

Même si d'autres dispositions, moins fondamentales, ont été déclarées contraires à la Constitution (20), la loi a donc pu être promulguée le 13 mai 1991 et publiée le lendemain (21).

Certaines innovations spectaculaires qu'elle contient peuvent donner l'impression d'une décentralisation politique (22). Le Conseil constitutionnel, en précisant que la collectivité territoriale de Corse n'est dotée que d'une "organisation spécifique à caractère administratif" a restitué à la réforme ses justes proportions, mais le fait que l'île de Beauté soit désormais hors du cadre régional laisse quand même à penser que les institutions n'ont plus rien de commun avec les précédentes.

Or, la comparaison montre au contraire que le statut de 1991, loin d'être une oeuvre de création pure, constitue un ensemble d'aménagements -certes, parfois non négligeables- du statut de 1982 sur lequel il s'appuie constamment (23). Aussi bien sur le plan de l'organisation que sur le plan des compétences, la nouvelle loi ne fait généralement qu'accentuer une décentralisation et un particularisme dont les lois anciennes (24) ont été les instigatrices.

---

(16) Pour Rousseau, en effet, le peuple ne doit être composé que de citoyens pris individuellement : "si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale, et la délibération serait toujours bonne (...). Il importe donc (...) qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État (...)" (*Du contrat social*, Livre II, Chap. III).

(17) "Il est encore en Europe un pays capable de législation ; c'est l'île de Corse. La valeur et la constance avec laquelle ce brave peuple a su recouvrer et défendre sa liberté mériterait bien que quelque homme sage lui apprît à la conserver (...)" (*Idem*, Livre II, Chap. X).

(18) Seuls les organes des T.O.M. peuvent se voir attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi.

(19) La doctrine était divisée sur ce point. L. Favoreu considérait qu'"il ne peut y avoir 'd'organisation particulière' que pour les territoires d'outre mer" (*op. cit.*). À l'inverse, D. Rousseau ("La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse", *R.S.A.M.O.* n° 29/30, P. 66) et A. Demichel ("Analyse et tendances pour une réforme", *Ibidem*, p. 126) estimaient la réforme possible.

(20) Elles seront détaillées dans le cadre de l'étude qui va suivre.

(21) *J.O.* 14 mai 1991, pp. 6318-6329.

(22) À l'Assemblée nationale, ce thème a été particulièrement développé par M. P.A. Wiltzer, pour qui "l'institution a toutes le apparences d'un véritable État" (*J.O. déb.* A.N. 23 novembre 1990, p. 5928). Il parle d'"institutions de type paragouvernemental" (*Ibid.* p; 5930) et de "théâtre politique" (*J.O.* déb. A.N. 3 avril 1991, p. 676). M. J.-J. Hyest évoque "un semblant de Constitution" (*J.O.* déb. A.N. 23 novembre 1990, p. 5977) et M.-E. Zuccarelli, un "pseudo-État" (*J.O.* déb. A.N. 3 avril 1991, p. 668). Au Sénat, des arguments comparables ont été employés, notamment par MM. J. Larché et F. Giacobbi (*J.O.* déb. Sénat 20 mars 1991, p. 66 et 73). Voir aussi T. Bréhier, "Le projet de statut de la Corse : une 'constitution' dans la Constitution", *Le Monde* 3 novembre 1990.

(23) M.P. Joxe, ministre de l'intérieur : "M. Crépeau me demandait tout-à-l'heure : 'pourquoi un régime particulier pour la Corse ?' Mais il en existe déjà un !" (*J.O.* déb. A.N. 22 novembre 1990, p. 5857). C'est également le point de vue de M. L. Lanier (*J.O.* déb. Sénat 20 mars 1991, p. 89).

(24) Le statut particulier de la Région Corse se décomposait en deux textes : la loi n° 82.214 du 2 mars 1982 (Organisation) et la loi n° 82.659 du 30 juillet 1982 (Compétences). Le statut de la nouvelle collectivité territoriale regroupe organisation et compétences dans un seul et même texte : la loi n° 91.428 du 13 mai 1991.

I - UNE ORGANISATION DIVERSEMENT REMANIÉE

Le nouveau statut s'emploie à renouveler ou a réaménager des institutions existantes.

A - LE RENOUVELLEMENT DE LA LÉGITIMITÉ DES INSTITUTIONS

Il passe par une refonte des listes électorales et par une réforme du mode d'élection de l'assemblée de Corse;

1) La refonte des listes électorales

Parmi les dispositions diverses et transitoires de la loi de 1991, se trouve un article imposant dans chaque commune de Corse la refonte complète de la liste électorale avant la première élection de l'assemblée. Un décret d'application est venu préciser les détails de cette opération (25).

Pour être inscrits sur la liste, les électeurs remplissant les conditions prévues aux articles L 11 à L 14 du code électoral doivent présenter leur demande entre le 14 mai et le 31 décembre 1991. La liste est établie conformément aux dispositions du code électoral et se substitue à la précédente le 1er mars 1992.

Les services préfectoraux doivent expédier, avant le 1er septembre 1991, des lettres recommandées aux électeurs, afin de les informer des effets de la refonte ainsi que des conditions et modalités des réinscriptions.

Les commissions administratives prévues à l'article L 17 du code électoral doivent se réunir au moins une fois par mois entre le 1er septembre et le 31 décembre 1991, afin d'examiner les demandes de réinscription.

La refonte doit être contrôlée par une commission composée de deux membres du Conseil d'État désignés par le vice-président de ce Conseil et de deux magistrats judiciaires désignés par le Premier Président de la Cour de cassation ; c'est l'un des conseillers d'État qui la préside.

En pratique, cet organisme, institué par un arrêté du Ministre de l'intérieur notifié aux maires, doit être installé au plus tard le 1er septembre 1991. Il peut s'adjoindre des délégués, et son secrétariat est assuré par un fonctionnaire désigné par le Préfet de Région.

Le Président de la commission, ses membres et ses délégués, peuvent procéder à tous contrôles et vérifications. Ils ont accès à tout moment aux documents nécessaires à la refonte et doivent transmettre leurs observations au représentant de l'État ; ce dernier peut, le cas échéant, exercer son droit de contestation devant le Tribunal d'instance.

Les parlementaires qui ont déféré la loi de 1991 au Conseil constitutionnel ont vu dans la refonte des listes électorales une violation du principe d'égalité doublée d'une privation du droit de vote, mais le juge n'a retenu aucun de ces griefs.

- Quant au principe d'égalité, la Conseil a rappelé qu'il "ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit" ; or, en l'occurrence, "la situation des listes électorales des communes de Corse, telle qu'elle ressort des informations fournies lors des débats parlementaires, présente des particularités qui autorisent le législateur, dans le cadre de la réorganisation administrative de la Corse, à arrêter des modalités spécifiques de refonte des listes électorales, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi".

(25) Décret n° 91.653 du 15 juillet 1991, *J.O.* 16 juillet 1991, p. 9278.

- Il n'y a pas davantage privation du droit de suffrage car "indépendamment de cette refonte il sera procédé dans les autres communes françaises à la révision annuelle des listes électorales" et "dans le cadre de cette révision, il est loisible aux personnes qui ne satisfont pas dans les communes des départements de Corse aux conditions posées par les articles L 11 à L 14 du Code électoral, de solliciter leur inscription sur les listes d'une autre commune" ; le Conseil en conclut donc que si l'article décidant la refonte "est susceptible d'affecter le lieu d'exercice du droit de vote il n'affecte pas cet exercice lui-même".

Le statut de 1982, sans utiliser un moyen aussi radical que la refonte des listes, avait déjà institué une commission de contrôle composée de conseillers d'État, de magistrats de l'ordre judiciaire et de membres de l'inspection générale de l'administration. Cette commission avait été chargée entre autres tâches, d'assurer la régularité des listes, en saisissant les représentants de l'État dans les départements de toutes les anomalies constatées. Son travail avait abouti à l'époque à la radiation d'environ 2,5 % des électeurs et avait permis d'élire la première assemblée sans contestation.

2) La réforme du mode d'élection de l'assemblée

La loi portant statut de la Corse scinde le livre IV du Code électoral en deux titres dont la structure est parallèle(26) :
- le titre premier, qui reprend l'ancien livre IV, traite de l'élection des conseillers régionaux ;
- le titre second, qui constitue la nouveauté, traite de l'élection des conseillers à l'assemblée de Corse.

La comparaison entre les dispositions des deux titres permet d'apprécier leur grande similitude. Comme dans le statut de 1982, l'assemblée de Corse est élue pour six ans. Son effectif est très légèrement réduit (27). Elle se renouvelle intégralement, en même temps que les Conseils régionaux et selon les mêmes règles quant aux conditions d'éligibilité, aux inéligibilités et aux incompatibilités. La loi de 1991 avait bien prévu une incompatibilité particulière entre le mandat de conseiller à l'assemblée de Corse et celui de conseiller général, mais cette disposition a été annulée par le Conseil constitutionnel précisément parce qu'une autre disposition de la même loi place sur le même plan le mandat de conseiller à l'assemblée de Corse et celui de conseiller régional au regard de la réglementation sur le cumul des mandats. Or, "dès lors qu'il entendait procéder à une semblable assimilation, le législateur ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, interdire aux conseillers à l'assemblée de Corse de cumuler ce mandat avec celui de conseiller général, alors qu'un tel cumul est autorisé sur l'ensemble du territoire de la République et qu'aucune justification tirée de la spécificité de la collectivité territoriale de Corse ne fonde une telle interdiction". Pour le reste, la Corse est une région qui ne veut pas dire son nom (28), puisque les autres aspects de la réglementation électorale (29) sont également calqués sur le droit commun régional à trois sortes de différences près :

(26) Le décret n°91.653 du 15 juillet 1991 modifie la partie réglementaire du livre IV de ce même Code.
(27) Le statut de 1982 instituait 61 membres. Celui de 1991 prévoit un effectif global de 58 membres : les 51 conseillers à l'assemblée de Corse, auxquels il convient d'ajouter les 7 conseillers exécutifs.
(28) Selon M. Joxe, ministre de l'intérieur : "l'assemblée de Corse elle-même pourra parfaitement prendre une délibération donnant le nom de région Corse ou de région de Corse (...)" (*J.O.* déb. A.N. 22 novembre 1990, p. 5874).
(29) Déclarations de candidature, propagande, opérations préparatoires, opérations de vote, remplacement des conseillers et contentieux.

- une différence terminologique, dont les effets sont purement symboliques (assemblée de Corse au lieu de Conseils régionaux...),
- une différence quant au mode de scrutin,
- une différence quant à la circonscription électorale.

Seules, les deux dernières particularités retiennent l'attention.

a) L'avènement d'un mode de scrutin original

Alors que les Conseils régionaux sont élus, comme l'ancienne assemblée de Corse, à la représentation proportionnelle, le législateur a choisi, pour la nouvelle assemblée, un mode de scrutin mixte, avec une part proportionnelle et une part majoritaire. Cette technique a pour ambition de cumuler les avantages des deux types de scrutin en supprimant leurs inconvénients. Le scrutin proportionnel permet en effet l'équité, c'est-à-dire la représentation de toutes les minorités, mais nuit à l'efficacité, c'est-à-dire à la création d'une majorité stable ; le scrutin majoritaire a l'effet inverse. Le scrutin mixte, déjà appliqué sous une forme voisine aux Conseils municipaux, devrait permettre, s'il est bien dosé, de joindre l'équité à l'efficacité (30).

La part majoritaire se révèle ici assez réduite (31).

Il s'agit d'un scrutin de liste, à deux tours, avec dépôt de listes complètes et comportant autant de noms que de sièges à pourvoir. L'électeur ne peut ni ajouter ou supprimer des noms, ni modifier l'ordre de présentation. Une déclaration de candidature est obligatoire à chaque tour, mais le cautionnement n'est plus exigé au second tour.

Au premier tour, il est attribué trois sièges (32) à la liste qui a obtenu la majorité absolue des suffrages. Les autres sièges sont répartis entre toutes les listes à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Toutefois, comme dans l'élection des conseillers régionaux, les listes qui n'ont pas obtenu un nombre de voix au moins égal à 5 % des suffrages exprimés ne sont pas admises à cette répartition.

Si aucune liste n'a recueilli au premier tour la majorité absolue, il est procédé à un second tour qui obéit au même mécanisme, c'est-à-dire que les trois sièges sont attribués à la liste qui a obtenu le plus de suffrages. Les autres sièges étant répartis entre toutes les listes à la représentation proportionnelle. Seules, peuvent se présenter au second tour, les listes ayant obtenu au premier tour au moins 5 % des suffrages exprimés.

Entre les deux tours, peuvent se produire des modifications. Dans le cas où certaines listes ne se maintiennent pas au second tour, des candidats qui y figurent peuvent être intégrés dans d'autres listes (33). Lors de la fusion entre ces listes, l'ordre de présentation des candidats peut être également bouleversé. Ces possibilités de changement se heurtent toutefois à une limite : les candidats ayant figuré sur une même liste au premier tour ne peuvent figurer que sur une même liste au second tour. Le choix de la liste d'accueil doit être notifié au représentant de l'État en Corse par le candidat placé en tête de la liste constituée pour le premier tour.

---

(30) P. Marchand, *J.O.* déb. Sénat 20 mars 1991, p. 63.

(31) P. Ferrari en a déduit que l'assemblée de Corse aura forcément "une majorité de 'coalition'" ("Le statut de la collectivité territoriale de Corse", *A.J.D.A.* 1991, p. 704).

(32) À l'origine, le projet de loi prévoyait une prime de 6 sièges (*J.O.*. doc. A.N. n° 1692, p. 23). Le rapporteur de la commission des lois de l'assemblée nationale avait proposé de la porter à 8 sièges ; la commission l'avait au contrarie réduite à 5 et l'assemblée nationale a opéré la dernière diminution.

(33) Comme le précise le Ministre de l'intérieur, Philippe Marchand, "aucun seuil n'est fixé pour autoriser les listes à fusionner entre les deux tours" (*J.O.* déb. Sénat 21 mars 1991, p. 123). Cette absence de seuil a été très critiquée, y compris par le rapporteur de la commission des lois à l'assemblée nationale, car elle conduit à "une dispersion excessive et artificielle des candidatures au premier tour" (Rapport J. Rossi, *J.O. doc.* A.N. n° 1706, p. 18).

b) Le retour à la circonscription électorale originelle

La loi de 1991 dispose que pour l'élection des conseillers à l'assemblée, "la Corse forme une circonscription électorale unique". C'est un retour aux sources car le statut de 1982 contenait une disposition identique et les deux premières assemblées de Corse ont été élues dans ce cadre. C'est la loi du 10 juillet 1985 relative à l'élection des conseillers régionaux qui, ayant opté pour la circonscription départementale dans l'ensemble des régions continentales, a aligné la Corse sur ce droit commun.

Cet alignement a fait l'objet de vigoureuses critiques doctrinales. F. Sabiani (34) a reproché au législateur de méconnaître l'unité et l'identité de la Corse, qui, contrairement aux régions continentales, n'est pas un regroupement de départements. La réforme aurait en outre avantagé le clan, en produisant des élus plus préoccupés par leur circonscription que par la région, et désavantagé les nationalistes, en réduisant la représentation des listes dépassant de peu les 5 % des suffrages exprimés.

L'alignement sur le droit commun a été justifié par la nécessité de respecter le principe constitutionnel d'égalité des suffrages, qui imposerait le même type de circonscription électorale dans toutes les régions. Mais comme l'a expliqué M. Sabiani, ce principe ne s'applique qu'à l'égard d'électeurs participant à la désignation d'un même organe.

Le nouveau statut a rompu cet alignement, et il s'emploie à tirer les conséquences de ce particularisme à chaque étape du processus électoral. Ainsi, les déclarations de candidatures doivent être faites à la Préfecture de la collectivité territoriale et non aux préfectures des départements ; comme le prévoyait déjà le premier statut particulier, la campagne électorale se fait notamment par le truchement du service public de télévision et de radiodiffusion en Corse ; il n'est institué qu'une seule commission de propagande alors que dans les régions, il y en a une par département ; le recensement général des votes est effectué au chef-lieu de la collectivité territoriale et non au chef-lieu de chaque département ; on renouvelle l'intégralité de l'assemblée si un tiers des sièges vient à être vacant, alors que dans les régions, cette opération se fait par département ; le droit de contester les élections existe pour chaque électeur d'une commune de Corse et pour le représentant de l'État en Corse, alors que dans les régions, il est conféré aux électeurs du département et au représentant de l'État dans le département ; et enfin, l'annulation des élections concerne l'ensemble de la Corse alors que dans les régions, il peut se faire que seules, les opérations électorales d'un département soient annulées.

En 1985, lorsque les régions continentales sont devenues des collectivités territoriales, s'est posé le problème de leur représentation au Sénat. C'est la principale raison de l'option du législateur pour la circonscription départementale. En effet, les sénateurs étant élus dans le cadre du département, il a été facile d'ajouter à leur collège électoral des conseillers régionaux élus dans ce même cadre. Cela explique que la région Corse, qui depuis 1982 était une collectivité territoriale non représentée au Sénat, ait été alignée sur ce régime.

Défendant l'idée d'une circonscription électorale unique pour la Corse, M. Sabiani avait émis deux propositions permettant de régler ce problème autrement : soit, réformer le droit commun en décidant que tous les sénateurs seraient désormais élus dans le cadre régional ; soit, décider que par dérogation au droit commun, les sénateurs seraient élus en Corse dans le cadre régional. L'atteinte au principe d'égalité des suffrages, bien réelle dès lors qu'il s'agit de la désignation d'un même organe,

(34) "Le régime électoral de l'assemblée de Corse et la Constitution", *A.J.D.A.* 1986, p. 221.

serait justifiée selon cet auteur, par la différence de situation entre la Corse et le continent (35).

La loi de 1991, qui pérennise la circonscription électorale unique en en tirant les conséquences quant à l'élection des sénateurs, a choisi une troisième solution :

L'article L 280 du code électoral, qui dispose que les sénateurs sont élus dans chaque département par un collège électoral dont font partie les conseillers régionaux élus dans le département, est complété par un alinéa précisant que dans les deux départements de Corse, des conseillers à l'assemblée sont substitués aux conseillers régionaux. Un titre spécial est ajouté au deuxième livre du code afin de décrire la désignation de ces "grands électeurs".

Cette opération doit s'effectuer quinze jours au moins avant l'élection des sénateurs. L'assemblée commence par déterminer le nombre des ses membres appelés à faire partie du collège électoral de chacun des deux départements. À cet effet, son effectif est réparti proportionnellement à la population de ces départements telle qu'elle résulte du plus récent recensement, avec application de la règle du plus fort reste.

Ensuite, l'assemblée procède à la désignation de ceux de ses membres appelés à faire partie du collège du département le plus peuplé. Chaque conseiller ou groupe de conseillers peut présenter avec l'accord des intéressés une liste de candidats en nombre au plus égal à celui des sièges à pourvoir. L'élection a lieu à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, sans rature ni panachage.

Les conseillers non désignés de la sorte font partie de plein droit du collège électoral du département le moins peuplé.

Le représentant de l'État dans la collectivité territoriale de Corse notifie au représentant de l'État dans chaque département les noms des conseillers à l'assemblée désignés pour son département en vue de l'établissement du tableau des électeurs sénatoriaux.

L'ensemble de ce dispositif a été avalisé par le Conseil constitutionnel, qui a considéré que les articles qui y sont consacrés "n'ont ni empiété sur la compétence réservée à la loi organique par la Constitution ni introduit de différence de traitement inconstitutionnelle entre les sénateurs élus dans les départements de Corse et les autres sénateurs" (36).

B - LE RÉAMÉNAGEMENT DES RAPPORTS ENTRE LES INSTITUTIONS

Les changements sont d'inégale importance : une innovation majeure coexiste avec diverses adaptations de moindre ampleur.

1) Une innovation majeure

Il s'agit de la séparation des organes de décision : une séparation effective mais tempérée par sa souplesse.

a) La séparation effective des organes de décision

La séparation entre l'assemblée de Corse et le Conseil exécutif est bien réelle.

L'assemblée de Corse conserve un certain nombre de ses attributions antérieures : elle règle par ses délibérations les affaires de la collectivité territoriale,

---

(35) *Op. cit.*

(36) Toutefois, comme le fait remarquer L. Favoreu, "les électeurs de Corse ne sauront pas qui ils désignent, comme grands électeurs sénatoriaux devant siéger dans le collège électoral de tel département ; tandis que les électeurs des autres régions le savent" (Commentaire précité de la décision du Conseil constitutionnel "statut de la Corse", *R.F.D.C.* 1991, p. 314).

vote le budget et arrête le compte administratif. La loi de 1991 précise qu'elle adopte aussi le plan de développement et le schéma d'aménagement de la Corse et surtout, qu'elle contrôle le Conseil exécutif.

En ce qui concerne le fonctionnement de l'assemblée (37), le nouveau statut modifie le régime des réunions et l'élection du Bureau.

Il est prévu, comme précédemment trois types de réunions : des réunions exceptionnelles, des réunions régulières et des réunions sur un ordre du jour déterminé. La possibilité de réunir l'assemblée par décret en cas de circonstances exceptionnelles est inchangée, mais les deux autres types de réunions sont désormais respectivement qualifiés de sessions ordinaires et extraordinaires. Deux sessions ordinaires d'une durée maximale de trois mois auront lieu chaque année sur convocation du président de l'assemblée alors qu'auparavant il était prévu une réunion au moins une fois par trimestre. Des sessions extraordinaires sur un ordre du jour déterminé et d'une durée maximale de deux jours pourront se tenir à l'initiative du tiers des conseillers à l'assemblée (comme auparavant) ou du président du Conseil exécutif (et non plus du bureau de l'assemblée).

L'assemblée se réunit de plein droit le premier jeudi qui suit son élection, pour désigner son président et son bureau. Le président est élu pour six ans alors que le statut de 1982 prévoyait une durée de trois ans renouvelables ; et le bureau n'est élu que pour un an, alors que dans la loi ancienne, son mandat coïncidait avec celui du président. L'agencement du bureau a également changé. Auparavant, il était composé du président, de quatre à dix vice-présidents et éventuellement d'un ou plusieurs autres membres. Actuellement, il regroupe le président et dix conseillers à l'assemblée parmi lesquels seront choisis deux vice-présidents. L'élection du président se déroule toujours, comme dans le statut de 1982, sous la présidence du doyen d'âge de l'assemblée, les deux plus jeunes membres faisant fonction de secrétaires. Le président est élu par l'assemblée en son sein, au scrutin secret, majoritaire a trois tours. L'élection des autres membres du bureau a lieu aussitôt après, mais contrairement au statut de 1982, la présidence est immédiatement transférée du doyen d'âge au président en titre et les modalités de la désignation sont différentes. Auparavant, l'élection se faisait au scrutin de liste, majoritaire à deux tours. Actuellement, les candidats se font connaître auprès du président, et si leur nombre n'est pas supérieur à celui des postes à pourvoir, les nominations prennent effet immédiatement ; dans le cas contraire, l'élection se fait au scrutin de liste, mais à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Après ces opérations, l'assemblée devra encore désigner ses deux vice-présidents parmi les membres du bureau. Si les candidats ne sont pas plus de deux, ils sont nommés immédiatement ; dans le cas contraire, c'est au scrutin majoritaire qu'ils seront élus.

La raison de ces quelques modifications est simple : à présent, le président de l'assemblée n'est plus qu'un organe interne au Conseil délibérant au même titre que le bureau. Il a cessé d'être cet exécutif qui pouvait déléguer une partie de ses fonctions aux membres du bureau. L'exécutif est dorénavant distinct (38).

Le Conseil exécutif est composé d'un président assisté de six conseillers exécutifs (39).

---

(37) Un règlement intérieur de l'assemblée précise les détails de son fonctionnement. La loi prévoit que ce règlement peut être déféré au Tribunal administratif. Cette innovation, qui met fin à une jurisprudence du Conseil d'État, n'est plus spécifique à la Corse puisque la loi du 6 février 1992 (article 31) l'étend à toutes les collectivités territoriales;

(38) Selon P. Ferrari, "on retrouve, comme au temps où l'exécutif appartenait au préfet, un dualisme qui avait bien fonctionné même s'il était très peu démocratique" ("Le statut de la collectivité territoriale de Corse", *A.J.D.A.* 1991, p. 706).

(39) On revient sur le principe napoléonien selon lequel l'exécution est le fait d'un seul, puisque désormais, c'est un Conseil qui est chargé du pouvoir exécutif et non plus un individu.

On peut distinguer les attributions propres au président et les attributions collectives du Conseil, même si le président peut déléguer, par arrêté, sous sa surveillance et sa responsabilité, l'exercice d'une partie de ses attributions aux conseillers exécutifs. À l'instar de celles qui pouvaient être consenties par le président de l'assemblée aux vice-présidents dans l'ancien statut, ces délégations subsistent tant qu'elles n'ont pas été rapportées.

Comme l'exécutif du statut de 1982, le président du Conseil exécutif prépare et exécute les délibérations de l'assemblée, ordonnance les dépenses et prescrit l'exécution des recettes de la collectivité territoriale, dirige les services et gère le patrimoine de cette collectivité. Mais le statut de 1991 contient des précisions et des attributions supplémentaires : le président nomme les présidents des offices parmi les conseillers exécutifs, assure la gestion des personnels, exerce les pouvoirs de police afférents à la gestion du patrimoine, représente la collectivité territoriale en justice et dans tous les actes de la vie civile. en outre, il fixe l'ordre du jour prioritaire des travaux de l'assemblée, la convoque en session extraordinaire et peut prendre toute mesure tendant à préciser les modalités d'application de ses délibérations ou fixant les règles d'organisation et de fonctionnement des services de la collectivité territoriale. Mais les arrêtés qu'il édicte à ce titre doivent être délibérés au sein du Conseil exécutif.

Les attributions collectives du Conseil exécutif sont très générales. Il dirige l'action de la collectivité territoriale dans les conditions et limites fixées par la loi ; il élabore le plan de développement et le schéma d'aménagement de la Corse en concertation avec les collectivités locales de l'île et met en oeuvre ces documents (40).

b) La séparation souple des organes de décision

Le Conseil exécutif est désigné par l'assemblée, en son sein, et responsable devant elle.

C'est lors de sa première réunion, après avoir élu son président et son bureau, que l'assemblée procède, parmi ses membres, à l'élection du Conseil exécutif, et par là même, du président de celui-ci.

L'élection se fait au scrutin de liste majoritaire à trois tours. Les listes doivent comporter autant de noms que de sièges à pouvoir, sans adjonction ni suppression de nom et sans modifications de l'ordre de présentation. Cette dernière précision est essentielle car le président du Conseil exécutif sera le candidat figurant en tête de la liste élue.

Tout conseiller à l'assemblée élu au Conseil exécutif est regardé comme démissionnaire de ses fonctions à l'assemblée, mais le régime des incompatibilités concernant les conseillers à l'assemblée lui reste applicable. Il est remplacé au sein de l'assemblée par le candidat venant sur sa liste immédiatement après le dernier élu (41).

Si un conseiller exécutif autre que le président du Conseil décède ou démissionne, l'assemblée doit procéder, sur proposition du président du Conseil, à une

(40) Cinq des conseillers sont accaparés par leur tâche de présidence des offices. C'est la raison pour laquelle on a prévu deux conseillers supplémentaires -dont le président- disponibles pour les autres attributions de l'exécutif, et notamment pour l'élaboration du schéma d'aménagement (P. Pasquini, *J.O. déb.* A.N.. 3 avril 1991, p. 717).

(41) À l'origine, le projet de loi prévoyait que "lorsqu'il est mis fin au mandat d'un des membres du Conseil exécutif, pour quelque cause que ce soit (...) celui-ci siège à nouveau et sans délai au sein de l'assemblée de Corse. Il est mis fin au mandat de son remplaçant (...)" (Projet de loi, *J.O.* doc. A.N. n° 1692, p. 35). À l'initiative de son rapporteur, la commission des lois de l'assemblée nationale a supprimé cette disposition car elle "aurait abouti à ce que l'assemblée comprenne des élus à titre précaire (...)" (Rapport, *J.O.* doc; A.N. n° 1706, p. 20).

nouvelle élection pour le siège vacant au scrutin uninominal majoritaire à trois tours.

Mais en cas de vacance du siège du président du Conseil pour quelque cause que ce soit, ses fonctions sont provisoirement exercées par un conseiller exécutif choisi dans l'ordre de son élection, et c'est l'ensemble du Conseil exécutif qu'il faut réélire. Le président de l'assemblée doit convoquer l'assemblée sans délai pour ce faire.

Au-delà des modalités de désignation de l'exécutif, ce sont manifestement les règles du parlementarisme qu'on a voulu transposer.

Tout d'abord, l'assemblée a les moyens de s'informer sur l'action de l'exécutif. Le président et les conseillers exécutifs ont accès aux séances de l'assemblée et ils sont entendus, sur leur demande, sur les questions inscrites à l'ordre du jour. De plus, et ceci est commun à l'ancien et au nouveau statut, l'exécutif présente à l'assemblée un rapport annuel où il rend compte de la situation de la collectivité territoriale, de l'activité et du financement de ses différents services et des organismes qui en dépendent, ainsi que de l'état d'exécution du plan. Le rapport précise également l'état d'exécution des délibérations de l'assemblée et la situation financière de la collectivité territoriale. Il est soumis au Conseil économique, social et culturel avant de l'être à l'assemblée, et lors de son examen par l'assemblée, il donne lieu à un débat.

Ensuite, l'assemblée peut mettre en cause la responsabilité du Conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance. Novation spectaculaire sur le plan juridique, cette prérogative a cependant déjà été mise en pratique, malgré le silence de l'ancien statut, dans le cadre de la première assemblée de Corse (42). Après la défection d'une de ses composantes, la coalition qui soutenait le président de l'assemblée s'était retrouvée dans une situation délicate, que l'opposition avait immédiatement exploitée en votant le 25 avril 1984 une motion dite des vingt neuf, dont les termes étaient sans ambiguïté : "... Considérant qu'il n'est pas acceptable en démocratie qu'une minorité prétende continuer indéfiniment à assumer le pouvoir exécutif régional (...) qu'il y a blocage des institutions dès lors qu'un exécutif minoritaire refuse le jeu démocratique du retour devant l'assemblée par démission ou devant le peuple par dissolution (...) l'assemblée souveraine décide :

1. Le projet de budget présenté par l'exécutif minoritaire est rejeté dans son ensemble ;
2. les projets de contrats de plan présentés par cet exécutif minoritaire seraient appelés à connaître un vote de même nature ;
3. toute autre décision à venir de l'assemblée, présentée par cet exécutif minoritaire connaîtrait un vote de même nature.

Demande en conséquence au Gouvernement, dans le cas où l'exécutif se maintiendrait contre les règles et principes fondamentaux de la démocratie, de provoquer le retour aux urnes souhaité par la majorité absolue des représentants légitimes du peuple".

C'est effectivement à la suite du vote de cette motion que l'assemblée élue le 8 août 1982 a dû être dissoute.

La nouvelle loi institutionnalise donc cette pratique parlementariste, mais c'est d'un parlementarisme rationalisé qu'il s'agit. Ainsi, la motion de défiance, qui doit tout naturellement mentionner l'exposé des motifs pour lesquels elle a été

(42) Pratique qu'il convient de soigneusement distinguer du droit. Il paraît abusif de soutenir que "le maire et le président du Conseil général sont toujours -implicitement- responsables devant leur assemblée délibérante" (Mémoire en défense adressé par le Gouvernement au Conseil constitutionnel, cité par L. Favoreu in *R.F.D.C.* 1991, p. 316). Comme l'écrit F. Luchaire, "le maire d'une commune a des pouvoirs propres, il est élu par le Conseil municipal en son sein, mais il n'est pas responsable devant celui-ci" (*R.D.P.* 1991, p. 953).

présentée, doit obéir en outre à cinq conditions difficiles à réunir. Quatre d'entre elles sont empruntées à l'article 49 de la Constitution de 1958 :
1° la motion doit être signée par un certain pourcentage -un tiers en l'occurrence- des membres de l'assemblée.
2° le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après le dépôt de la motion.
3° Seuls sont recensés les votes favorables à la motion.
4° La motion n'est considérée comme adoptée que lorsqu'elle a recueilli le vote de la majorité absolue des membres composant l'assemblée.

La cinquième condition est empruntée à l'article 67 de la loi fondamentale allemande de 1949, selon lequel le *Bundestag* ne peut exprimer sa défiance envers le chancelier qu'en lui élisant un successeur (43).Le statut de la Corse est encore plus sévère, qui exige que la motion de défiance mentionne non seulement le nom du président du Conseil, mais encore, ceux des autres conseillers exécutifs qu'elle propose. Si la motion est adoptée, ces candidats entrent immédiatement en fonction. Cette procédure peut permettre à un exécutif devenu minoritaire à la suite de l'effritement de la coalition qui le soutenait, de rester au pouvoir simplement parce que la coalition adverse est trop hétérogène pour le remplacer (44).

Un autre indice révélateur de la transposition d'un parlementarisme rationalisé est la maîtrise de l'ordre du jour de l'assemblée par l'exécutif. Le statut de la Corse a emprunté à l'article 48 de la Constitution de 1958 la disposition suivant laquelle cet ordre du jour comporte par priorité et dans l'ordre que le président du Conseil a fixé les affaires désignées par celui-ci.

2) Des évolutions mineures

Elles concernent les organes de gestion et de consultation ainsi que le processus permettant à la collectivité de dialoguer avec le Gouvernement.

a) Le rattachement des organes de gestion : accentuation d'un particularisme

Les trois offices créés par le statut particulier de 1982 (Office du développement agricole et rural, Office d'équipement hydraulique et Office des transports) sont maintenus et restent des établissements publics industriels et commerciaux. Mais ils perdent leur caractère national pour être explicitement rattachés à la collectivité territoriale de Corse, qui en "dispose" et exerce sur eux son "pouvoir de tutelle" (45).

Cette maîtrise de la collectivité se vérifie dans l'organisation des offices.

Auparavant, le président de chaque office était élu par le Conseil d'administration de l'établissement, en son sein. Le directeur était nommé par le président après avis du Commissaire de la République de Région et du président de l'assemblée de Corse (46).

---

(43) M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, P.U.F., Thémis 1978, p. 473. Cette disposition, inventée par le professeur Hans Nawiasky, est destinée à éviter que ne se reproduise la pratique qui a causé la chute de la République de Weimar, c'est-à-dire le renversement des gouvernements par une coalition des extrêmes -nationalistes et communistes- incapables de s'accorder ensuite pour gouverner.
(44) La loi ne semble cependant pas protéger l'exécutif contre une obstruction systématique consistant, pour les groupes d'opposition, à refuser de voter tout ce qu'il propose. C'est précisément une telle attitude qui a abouti à la dissolution de la première assemblée.
(45) Certains nourrissent quelques inquiétudes sur ce point, à l'instar de M. E. Zuccarelli : "Je me demande si ce texte, sous prétexte de décentralisation, ne crée pas un super jacobinisme régional" (*J.O.* déb. A.N. 3 avril 1991, p. 761).
(46) Décrets n° 83.704 et 83.705 du 28 juillet 1983 pour les offices hydrauliques et agricoles ; décret n° 83.826 du 16 septembre 1983 pour l'office des transports.

À présent, la loi précise que le président de chaque office est un conseiller exécutif désigné par le président du Conseil exécutif de la collectivité territoriale de Corse. Le directeur est nommé par arrêté délibéré en Conseil exécutif sur proposition du président de l'office.

Le représentant de l'État dans la collectivité territoriale de Corse assiste quand même de plein droit aux réunions des Conseils d'administration des offices et est destinataire de leurs délibérations (47).

La nouvelle loi précise même, quant au contrôle budgétaire, que si le représentant de l'État estime qu'une délibération du Conseil d'administration d'un établissement public de la collectivité territoriale est de nature à augmenter gravement la charge financière ou le risque encouru par la collectivité territoriale, il saisit dans le délai d'un mois suivant la date de réception, la Chambre Régionale des Comptes à charge pour lui d'en informer simultanément l'établissement public concerné et la collectivité territoriale. La saisine de la Chambre entraîne une seconde lecture, par le Conseil d'administration, de la délibération contestée, mais cette saisine n'a pas d'effet suspensif. La Chambre dispose d'un mois pour faire connaître son avis au représentant de l'État, à l'établissement public et à la collectivité territoriale (48).

Les missions générales assignées aux offices sont inchangées quant au fond. Pour l'Office de développement agricole et rural il s'agit de "la mise en oeuvre d'actions tendant au développement de l'agriculture et à l'équipement du milieu rural". Pour l'Office d'équipement hydraulique, cela consiste en l'aménagement et la gestion de l'ensemble des ressources hydrauliques de la Corse"; Pour l'Office des transports, c'est notamment la conclusion de conventions avec les compagnies concessionnaires de service public. Cependant, ces différentes missions doivent désormais s'exercer "dans le cadre des orientations définies par la collectivité territoriale de Corse", ou encore "en prenant en considération les priorités de développement économique définies par la collectivité territoriale de Corse".

Deux nouveaux organes -un Office de l'environnement et une institution spécialisée dans le tourisme- sont créés par la loi. Leur nature juridique n'est pas précisée afin de laisser, à leur sujet, la plus grande latitude à l'assemblée de Corse (49). Il apparaît en effet clairement qu'ils sont rattachés à la collectivité territoriale.

Quant à leur organisation, on remarque que chacun d'eux est présidé par un conseiller exécutif désigné par le président du Conseil exécutif de la collectivité territoriale. Pour l'Office de l'environnement, la loi précise en outre que le directeur est nommé par arrêté délibéré en Conseil exécutif sur proposition du président de l'Office (50).

Quant à leurs missions générales, il s'agit, pour l'Office de l'environnement "d'assurer la mise en valeur, la gestion, l'animation et la promotion du patrimoine de

(47) Le Commissaire de la République de la région de Corse était le commissaire du gouvernement auprès des offices selon les décrets précités.

(48) Selon M.P. Girod (avis, *J.O.* doc. Sénat n° 235, pp. 30-31), la philosophie de ce mécanisme spécifique est d'éviter que les offices "n'échappent totalement à la surveillance de l'État".-Dans le même sens, T. Michalon observe que le transfert des offices à la collectivité territoriale est compensé par un contrôle étatique "plus rigoureux que ceux caractérisant le régime de droit commun des établissements publics locaux" ("La Corse entre décentralisation et autonomie; Vers la fin des catégories ?", *R.F.D.A.* 1991, p. 731).

(49) C'est ce que M. J. Rossi a expliqué à propos de l'institution spécialisée dans le tourisme, qui résulte d'un de ses amendements : "il pourra s'agir d'un établissement public à caractère industriel et commercial (...) ou bien (...) d'une société d'économie mixte (...)" (*J.O.* déb. A.N. 23 novembre 1990, p. 5982).

(50) M. E. Zuccarelli a vivement critiqué l'amendement de la commission des lois créant cet Office de l'environnement rattaché à l'exécutif : "À la fin des fins, dans cette île, un individu, une association, une commune, un département, un syndicat de commune pourra-t-il respirer, faire un geste sans demander l'autorisation du président du conseil exécutif ?" (*J.O. déb.* A.N. 3 avril 1991, p. 761).

la Corse", et pour l'institution spécialisée dans le tourisme, cela consiste en "la coordination de l'ensemble des actions de développement du tourisme en Corse". Mais dans les deux cas, les missions doivent s'exercer "dans le cadre des orientations définies par la collectivité territoriale de Corse".

b) La fusion des organes de consultation : atténuation d'un particularisme

L'existence de deux organes consultatifs dénommés Conseils constituait l'une des particularités institutionnelles les plus remarquables du statut de 1982. Le Conseil économique et social, d'une part, et le Conseil de la culture, de l'éducation et du cadre de vie, d'autre part, traduisaient des aspirations identitaires plus marquées que dans d'autres régions. Cette spécificité était à peine tempérée par la possibilité, pour ces organismes, de tenir des réunions conjointes, de leur propre initiative ou à la demande du président de l'assemblée de Corse, afin d'émettre des avis sur des questions d'intérêt commun.

On assiste a un double rapprochement du statut de la nouvelle collectivité territoriale avec celui des régions de droit commun :

D'abord, la loi de 1991 met fin au dualisme en créant un nouvel organisme consultatif, le Conseil économique, social et culturel de la Corse, ayant pour rôle d'assister aussi bien le Conseil exécutif que l'assemblée de Corse (51).

Ensuite, la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République rebaptise "Conseils économiques et sociaux régionaux" les comités consultatifs des régions.

Le Conseil consultatif corse est divisé en deux sections, vestiges du particularisme originel : une section économique et sociale et une section de la culture, de l'éducation et du cadre de vie. Mais la loi de 1992 dispose que chaque Conseil consultatif régional comprend également des sections, dont le nombre, les attributions, la composition et le fonctionnement sont fixés par un décret en Conseil d'État sur sa proposition.

En Corse, les deux Conseils de l'ancien statut devaient être préalablement consultés par l'assemblée, chacun pour ce qui le concerne, sur quatre types de documents : le plan de développement de la Corse, les études régionales d'aménagement et d'urbanisme, le plan national en Corse, et les orientations générales du projet de budget de la Région. Le nouveau Conseil doit être préalablement consulté par le président du Conseil exécutif sur les mêmes documents, auxquels s'ajoutent le schéma d'aménagement de la Corse, les projets de délibération concernant les transports maritimes et aériens et ceux concernant l'action culturelle et éducative, notamment pour la sauvegarde et la diffusion de la langue et de la culture corses. Comme ses deux prédécesseurs, il donne également son avis sur les résultats de la mise en oeuvre de tous ces projets.

À l'initiative du président de l'assemblée, l'ancien Conseil économique et social pouvait être saisi de demandes d'avis et d'études sur tout projet régional à caractère économique et social. À présent, l'initiative peut provenir aussi bien du président du Conseil exécutif que du président de l'assemblée, et le projet faisant l'objet de la consultation peut aussi être culturel. Mais on remarque que cette possibilité d'être saisi de projets économiques, sociaux et même culturels existe aussi bien pour les Conseils économiques et sociaux des régions.

---

(51) Cette fusion avait déjà été prévue par la proposition de loi n° 1667 dont l'auteur n'était autre que M. J. Rossi, rapporteur du projet à l'Assemblée nationale. Sa justification est "un souci d'économie, de simplification et d'allégement des structures institutionnelles". Cela permettrait de réduire l'effectif total des membres de ces conseils qui passerait ainsi de 60 à 41" (Rapport J. Rossi, *J.O. doc.* A.N. n° 1706, p. 79). La loi prévoit en tout cas que l'effectif du conseil ne peut être supérieur à celui de l'assemblée.

Les Conseils de l'ancien statut pouvaient s'autosaisir pour émettre des avis sur toute question entrant dans les compétences de la collectivité territoriale, l'un en matière économique et sociale, l'autre en matière culturelle. Là encore, le nouveau Conseil recueille l'ensemble des prérogatives de ses prédécesseurs.

En outre, il a la charge d'établir un rapport annuel sur les activités des sociétés publiques du secteur audiovisuel qui ont des établissements en Corse. Ce rapport étant transmis au président du Conseil exécutif qui doit l'adresser à l'assemblée.

c) Le processus du dialogue avec le Gouvernement : limitation d'un particularisme

Ce dialogue était déjà organisé par la loi du 2 mars 1982.

Il n'était pas évident qu'il se retrouve dans le nouveau statut car on peut y voir une contradiction avec la volonté affichée d'une décentralisation bien comprise, "établissant un lien tangible entre l'exercice des compétences et la responsabilité réelle de ceux qui ont la charge de les exercer" (52).

Cependant, la loi de 1991 a tenté de le renforcer, tout en l'adaptant au réaménagement des organes délibérant et exécutif de la collectivité territoriale. À cette occasion, des limites très fermes ont été posées par le Conseil constitutionnel.

S'agissant des compétences de l'assemblée, l'article 26 de la nouvelle loi reprend presque mot pour mot l'article 27 de la loi du 2 mars 1982, en y ajoutant seulement quelques références au Conseil exécutif et à son président : de sa propre initiative ou à la demande du Conseil exécutif ou de celle du Premier ministre, l'assemblée de Corse peut présenter des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse, ainsi que toutes dispositions législatives ou réglementaires concernant le développement économique, social et culturel de la Corse. Ces propositions sont d'abord adressées au président du Conseil exécutif qui les transmettra au Premier ministre. La loi ancienne précisait que celui-ci accusait réception dans les quinze jours et fixait le délai de sa réponse. La loi nouvelle avait repris cette disposition en y ajoutant une contrainte supplémentaire, obligeant le chef du Gouvernement à fixer "le délai dans lequel il apportera une réponse au fond avant le début de la session ordinaire suivante de l'assemblée". Mais le Conseil constitutionnel ne l'a pas entendu ainsi ; Il a rappelé que "la Constitution attribue au Gouvernement d'une part, et au Parlement d'autre part, des compétences qui leurs sont propres" et il en a déduit que "le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition (...) émanant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale". En conséquence, il a déclaré contraire à la Constitution l'alinéa de l'article 26 "qui fait obligation au Premier ministre de se justifier sur la suite à donner" aux propositions de l'assemblée de Corse. Par là même, se trouve censurée la disposition qui figurait pourtant dans la loi ancienne, selon laquelle le chef du Gouvernement devait accuser réception des voeux de l'assemblée dans les quinze jours (53).

---

(52) Habilement utilisée, cette disposition permet aux élus locaux de faire supporter par l'État une charge qui leur incombe, en formulant par exemple des revendications démagogiques que le Gouvernement ne pourra satisfaire. Est-ce bien la meilleure méthode pour mettre un terme à ce que T. Michalon appelle "la traditionnelle propension des élus comme de l'opinion corses à imputer au pouvoir parisien la responsabilité des blocages dont souffre l'île" ? (*Op. cit. p.* 722).

(53) Comme le note T. Michalon, "Sur ce point, le nouveau statut est donc en régression par rapport au précédent" (*Op. cit.*, p. 730).

Cependant, le Conseil constitutionnel a laissé subsister une innovation réelle par rapport à l'ancien statut : l'assemblée de Corse est obligatoirement consultée sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse. Elle dispose d'un délai d'un mois pour rendre son avis. Ce délai est réduit à quinze jours en cas d'urgence sur demande du Premier ministre. Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné. Cela rappelle l'article 74 de la Constitution, qui dispose que l'organisation des Territoires d'outre-mer est "définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée" (54).

Le législateur avait également prévu l'obligation d'informer "les parlementaires élus dans les départements de Corse", et de leur communiquer aussi bien les propositions adressées au Premier ministre que les avis de l'assemblée sur les projets du Gouvernement. Mais là encore, le Conseil constitutionnel a déclaré cette obligation contraire à la Constitution eu égard à la théorie de la souveraineté nationale : "Considérant (...) que les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple (...) qu'en conséquence, il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi".

Chaque année, le représentant de l'État informe l'assemblée par un rapport spécial, de l'activité des services de l'État en Corse. C'était aussi le cas sous l'empire du statut de 1982 et c'est toujours le cas dans les régions, mais l'innovation du nouveau statut de la Corse, c'est que ce rapport donne lieu obligatoirement -et non éventuellement- à un débat en présence du représentant de l'État. C'est dire que la collectivité territoriale est en mesure d'être parfaitement informée de l'activité de l'État.

Précisément, s'agissant des compétences du président du Conseil exécutif, la loi indique qu'il peut faire au Premier ministre toute suggestion ou remarque sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de l'État en Corse. C'est là une compétence consultative qui existait déjà dans l'ancien statut (article 27 précité de la loi du 2 mars 1982) mais au profit de l'assemblée elle-même. Après la séparation des organes, le président du Conseil exécutif en recueille donc une partie. L'article 35, qui en traite au titre du président du Conseil exécutif, indique que la réponse du Premier ministre se fera dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 26, qui en traite au titre de l'assemblée, mais cet alinéa a été annulé par le Conseil constitutionnel !

II - DES COMPÉTENCES LÉGÈREMENT RÉÉVALUÉES

Selon l'exposé des motifs, la nouvelle loi procède à un "approfondissement significatif" des compétences conférées à la région Corse par le statut particulier de 1982 (55)

Malgré leur appartenance à une classe politique traditionnelle fort éloignée de la mouvance autonomiste, les parlementaires insulaires se sont néanmoins montrés fort déçus. Cela peut paraître paradoxal, mais c'est finalement très naturel si l'on

(54) D. Rousseau a fait remarquer qu'"il est de jurisprudence constante que les règles selon lesquelles la loi est proposée, votée et promulguée soient déterminées *par la Constitution et les lois organiques* et que le législateur ne peut lui-même se lier". Pour cet auteur, le système de consultation "serait inopérant en ce sens que le défaut de l'avis préalable de l'assemblée de Corse ne saurait jamais constituer un motif d'inconstitutionnalité de la loi, puisque dans le cas particulier de la Corse et à la différence des T.O.M. , l'avis n'est pas une obligation constitutionnelle" (*R.S.A.M.O.* 1er et 2ème trimestres 1990, n° 29/30, p. 73).

(55) Projet de loi, *J.O.* doc. A.N. n° 1692, p. 3. L'exposé des motifs précise que la nécessité de l'élargissement des compétences a été mise en évidence par le colloque organisé à Ajaccio en 1989 ("Les îles européennes", *Cahiers de l'I.D.I.M.* 1989, n° 1).

veut bien considérer que ce sont aussi des élus locaux appelés à exercer ces nouveaux pouvoirs.

M. J. Rossi, député U.D.F. et rapporteur du projet à l'Assemblée nationale a ainsi jugé que ce texte prévoyait "des transferts de compétences et des mesures d'accompagnement trop limités (56).

M. E. Zucccarelli (M.R.G.) a lancé au Ministre de l'intérieur : "s'agissant des compétences (...) je serais allé dans ce domaine plus loin que vous" (57).

M. J.-P. de Rocca Serra (R.P.R.) a reconnu que "déjà le statut de 1982 avait donné à la région plus de compétences que la loi générale de décentralisation" et il s'est exclamé à propos d'un nouvel élargissement de ces pouvoirs : "nous sommes preneurs !" ; cependant, il a estimé que "les nouveaux transferts interviennent soit dans des conditions qui limitent la liberté de la collectivité (...) soit de manière suffisamment ambiguë pour limiter leur portée" (58).

Regrets et souhaits sont évidemment a replacer dans le cadre du débat politique, mais ils sont fondés sur des constats qu'une analyse objective des dispositions de la loi ne démentira pas (59). Les nouvelles compétences s'appuient constamment sur les anciennes ; une réévaluation a bien été effectuée, qui éloigne un peu plus la Corse du droit commun ; mais elle est mesurée, aussi bien sur le plan identitaire que sur le plan économique.

A - LES COMPÉTENCES IDENTITAIRES

Comme l'a observé M. J. Rossi, le titre III de la loi nouvelle, qui concerne l'identité culturelle de la Corse "reprend pour l'essentiel les dispositions correspondantes de la loi du 30 juillet 1982 relatives aux compétences de la région Corse" (60).

On y trouve des articles consacrés respectivement à l'éducation, à la communication, à la culture et à l'environnement.

1) L'éducation

L'assemblée de Corse conserve telle quelle la double compétence que lui avait conférée l'ancien statut à l'égard de certains établissements d'enseignement :

- d'une part, elle finance, construit, équipe et entretient ces établissements, mais peut confier par convention la maîtrise d'ouvrage des travaux de construction, d'équipement et d'entretien aux départements et communes qui le demandent ;
- d'autre part, elle arrête la carte scolaire de ces établissements sur proposition du représentant de l'État en Corse et après consultation des départements et des communes intéressées ainsi que du Conseil économique, social et culturel.

La liste de ces établissements comporte les collèges, lycées, établissements publics d'enseignement professionnel (61), établissements d'éducation spéciale, d'enseignement agricole (visés à l'article L 815.1 du code rural), les écoles de formation maritime et aquacole, les centres d'information et d'orientation et les

(56) Rapport, *J.O.* doc. A.N. n° 1706, p. 22.
(57) *J.O.* déb. A.N. 21 novembre 1990, p. 5826.
(58) *Ibid.* p. 5828.
(59) J.-P. Pastorel écrit qu'"en dépit des apparences, nombreuses sont les dispositions de la loi du 13 mai 1991 qui copient au mot près celles déjà en vigueur". Il conclut qu'"en somme, loin de définir un ensemble de compétences fondamentalement nouvelles, le législateur reformule, *mutatis mutandis*, des compétences existantes" ("Les compétences de la collectivité territoriale de Corse", *R.F.D.A.* 1991, p. 750).
(60) *J.O.* déb. A.N. 21 novembre 1990, p. 5800.
(61) Le rapporteur du projet à l'assemblée nationale a regretté que seuls, soient visés les établissements publics, "ce qui, littéralement, exclut les établissements professionnels relevant du secteur privé" (Rapport J. Rossi, *J.O.* doc. A.N. n° 1706, p. 87).

établissements d'enseignement artistique. Seuls, ces derniers ont été ajoutés par la loi de 1991. Les autres figuraient dans la loi du 30 juillet 1982 modifiée par la loi n° 85.97 du 25 janvier 1985.

Comme la loi de 1982, le nouveau statut précise que l'État assure les moyens financiers des établissements en question (62).

La répartition des emplois attribués aux établissements énumérés précédemment (sauf en ce qui concerne les établissements d'enseignement artistique) se fait toujours dans la limite du nombre d'emplois fixé chaque année par l'État en concertation avec la collectivité territoriale de Corse, et sur proposition de l'autorité compétente.

Mais cette répartition, qui était confiée à la région par la loi de 1982 est désormais attribuée précisément au président du Conseil exécutif.

Le problème des activités éducatives complémentaires, qui était traité dans le cadre de la carte scolaire en 1982, fait maintenant l'objet d'une disposition spéciale.

L'assemblée de Corse détermine toujours ces activités, que la collectivité territoriale organise, mais cette détermination se fait sur proposition du nouveau Conseil exécutif et non plus du président de l'assemblée. L'avis du Conseil économique, social et culturel, qui se substitue à celui du Conseil de la culture, de l'éducation et du cadre de vie, est recueilli par le Conseil exécutif ; la consultation des départements disparaît.

Parmi ces activités éducatives complémentaires, celles relatives à l'enseignement de la langue et de la culture corses sont à présent traitées à part, pour mieux en souligner l'importance. Leur organisation relève également de l'assemblée, sur proposition du Conseil exécutif qui recueille l'avis du Conseil consultatif, mais elle prend la forme d'un plan de développement. Les modalités d'insertion de cet enseignement dans le temps scolaire, qui doivent être prévues par ce plan, feront l'objet d'une convention conclue entre la collectivité territoriale de Corse et l'État. Enfin, on ne retrouve plus la disposition de la loi de 1982 selon laquelle les activités complémentaires sont facultatives pour les élèves et ne peuvent se substituer à celles prévues par les programmes d'enseignement et de formation. Cependant, ces restrictions n'en subsistent pas moins et revêtent un caractère constitutionnel, puisque dans sa décision du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel considère "que cet enseignement n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire ; qu'il n'a pas davantage pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci". L'interprétation *a contrario* de ce considérant pose au législateur une limite évidente (63).

L'élaboration de la carte des formations supérieures et des activités de recherches universitaires se fait, aussi bien dans la loi de 1982 que dans celle de 1991, selon un processus en trois phases : l'initiative, la délibération et la décision définitive.

Au niveau de l'initiative, la loi de 1982 donnait à l'université de Corse un pouvoir de proposition qu'elle pouvait ne pas exercer. À défaut de proposition de

(62) Sauf en ce qui concerne les établissements artistiques, dont l'adjonction était de pure forme puisqu'au moment du vote de la loi aucun établissement de ce type n'existait en Corse (Rapport J. Larché, *J.O.* doc. Sénat n° 234, p. 82).

(63) Comme le fait remarquer F. Luchaire, "par contre, rien n'interdit à un établissement privé d'enseignement non lié à l'État par un contrat d'association, et, par conséquent, non subventionné, de rendre cet enseignement obligatoire" ("Le statut de la collectivité territoriale de Corse", *R.D.P.* 1991, p. 958).

l'université, c'était le président de l'assemblée qui pouvait soumettre à celle-ci des propositions.

Dans la loi de 1991, l'université perd son pouvoir de proposition ; elle ne fait que donner un avis sur les propositions du président du Conseil exécutif, mais cet avis doit être obligatoirement sollicité. De plus, les propositions doivent se faire dans le cadre de la politique nationale de l'enseignement supérieur.

Au niveau de la délibération, la loi de 1982 donnait à l'assemblée la faculté d'établir, en fonction de ses priorités et après avis de ses Conseils consultatifs, de simples propositions.

Dans la loi de 1991, l'assemblée établit selon la même procédure, non plus des propositions mais la carte des formations supérieures et des activités de recherche universitaire.

Au niveau de la décision définitive, la loi de 1982 disposait clairement que la carte était arrêtée par l'État. L'assemblée n'avait qu'un pouvoir de proposition.

Dans la loi de 1991, la carte établie par l'assemblée fait l'objet d'une convention entre la collectivité territoriale de Corse, l'État et l'université de Corse (64).

2) La communication

En matière de radiotélévision, la loi de 1982 contenait deux dispositions :

La première prévoyait, à l'intention de l'assemblée, l'établissement d'un rapport annuel sur les programmes des organismes publics de radiotélévision en Corse. À l'origine, ce rapport devait être rédigé par le comité régional de la communication audiovisuelle prévu par la loi du 29 juillet 1982. Mais ces comités n'ayant jamais vu le jour, pas plus en Corse que dans les régions continentales, le statut particulier s'est trouvé obéré sur ce point par l'ineffectivité du droit commun. La loi n° 86.16 du 6 janvier 1986 a résolu le problème en confiant la rédaction du rapport au Conseil de la culture, de l'éducation et du cadre de vie, et la loi de 1991 l'attribue tout naturellement au Conseil économique, social et culturel, en précisant que le document sera adressé à l'assemblée par le président du Conseil exécutif.

La seconde disposition du statut de 1982 soumettait à l'accord de l'assemblée les parties des cahiers des charges applicables aux programmes spécifiquement insulaires diffusés par les organismes publics de radiotélévision en Corse. La loi de 1991 traite cette question avec une optique légèrement différente. Elle prévoit que la collectivité territoriale de Corse doit, après consultation du Conseil économique, social et culturel, conclure avec les organismes publics de radiotélévision en Corse des conventions particulières pour promouvoir la réalisation de programmes concernant la langue et la culture corses.

Le nouveau texte permet aussi à la collectivité territoriale de favoriser avec l'aide de l'État, des initiatives dans les domaines de la création et de la communication, associant toutes personnes publiques ou privées ressortissantes des États membres de la Communauté européenne et de son environnement méditerranéen.

3) La culture

La collectivité territoriale de Corse définit les actions qu'elle entend mener en matière culturelle. C'est là une compétence que détenait déjà l'assemblée sous

(64) La commission des lois du Sénat s'est félicitée de ce que "les droits de l'État" soient garantis par cette procédure conventionnelle, mais elle aurait voulu en "exclure l'université de Corse" (Rapport Larché, *J.O.* doc. Sénat n° 234, p. 84). À l'inverse, M. J. Rossi a déploré le fait que "le Gouvernement reste réservé sur le transfert de responsabilités aux régions dans le domaine de l'université" (*J.O.* déb. A.N. 21 novembre 1990, p. 5800). Dans l'article 36 de sa proposition de loi n° 1667, il prévoyait que la carte des formations supérieures ferait l'objet "d'une convention entre la collectivité territoriale de Corse et l'Université de Corse".

l'empire du statut de 1982. Mais la loi ancienne indiquait que cette définition devait se faire après consultation des départements et, notamment, au vu des propositions des communes. Dans la loi nouvelle, les départements ne sont plus consultés mais ils gagnent un pouvoir de proposition qui les met à égalité avec les communes.

En outre, le texte de 1991 permet à la collectivité d'arrêter les actions qu'elle entend mener en matière de diffusion artistique et culturelle, de sensibilisation et d'enseignement artistiques et de travaux de conservation des monuments historiques n'appartenant pas à l'État (65). À cette fin, l'État lui attribue dans la loi de finances une dotation globale qui se substitue à l'ensemble des crédits attribués précédemment.

4) L'environnement

C'est dans ce domaine que le statut de la Corse a le plus évolué. La loi de 1982 se bornait à conférer à la région la possibilité de définir ses actions après consultation des départements et, notamment, au vu des propositions des communes.

La loi de 1991 supprime les consultations et propositions des collectivités inférieures (66), pour ne laisser qu'une limite à la liberté de la collectivité territoriale : c'est dans le cadre de la politique nationale de l'environnement que la Corse définit les actions qu'elle entend conduire pour la protection de l'environnement et détermine ses priorités en matière de développement local.

Mais l'innovation la plus spectaculaire réside dans la mise en oeuvre de la politique territoriale par l'Office de l'environnement. Le patrimoine de la Corse est désormais sous la protection de cette institution. L'organisme chargé de la gestion du parc naturel régional devra être lié par convention avec l'office de manière à intégrer son action dans les orientations définies par la collectivité territoriale ; les personnels des services du parc conservent toutefois leur statut. Le président du Conseil exécutif pourra prendre, par arrêté délibéré au sein du Conseil exécutif, les mesures d'application de ces dispositions législatives après avoir recueilli l'avis de la commission interministérielle des parcs naturels régionaux (67).

Pour la mise en œuvre de ses actions en matière d'environnement, la collectivité territoriale reçoit chaque année de l'État, dans la loi de finances, une dotation globale qui se substitue aux concours budgétaires attribués en application de la loi de 1982.

B - LES COMPÉTENCES ÉCONOMIQUES

Les titres IV et V de la loi nouvelle, consacrés au développement et aux ressources de la Corse, s'inspirent aussi très largement de la loi du 30 juillet 1982.

On peut y distinguer les secteurs dans lesquels la collectivité territoriale intervient et les moyens dont elle dispose.

1) Les secteurs

Sont visés l'agriculture, le tourisme, le logement, les transports, la formation professionnelle et l'énergie.

---

(65) Sous réserve des dispositions de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques.

(66) Selon R. Romi, cette suppression "est de nature à permettre une politique régionale plus directive" en éliminant le risque de vice de procédure, mais elle "ne devrait dans les faits avoir que peu d'importance" ("Le nouveau statut de la Corse et la protection de l'environnement", *R.F.D.A.* 1991, p. 752).

(67) M. E. Zuccarelli estime qu'"après avoir tressé des couronnes au parc naturel régional de Corse (...) on essaie subrepticement de le vider de ses compétences et de le coiffer, lui aussi, par une région décidément boulimique". M. P. Pasquini formule la même critique (*J.O.* déb. A.N. 3 avril 1991, p. 760).

a) L'agriculture

Le nouveau statut est sans ambiguïté quant à la détermination des grandes orientations en matière de développement agricole et rural de l'île. Cette compétence appartient désormais clairement à la collectivité territoriale de Corse, qui l'exerce dans le cadre du plan de développement. Elle dispose à cette fin des deux offices.

L'office de développement agricole et rural continue de mettre en oeuvre des actions tendant au développement de l'agriculture et à l'équipement du milieu rural, mais il le fait maintenant dans le cadre des orientations définies par la collectivité territoriale. Il exerce toujours les compétences dévolues à la commission départementale des structures pour la mise en oeuvre du contrôle des structures agricoles et celles dévolues au centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles.

En revanche, le nouveau statut ne reprend pas certaines compétences qui étaient énumérées dans la loi de 1982 : le concours de l'office à l'orientation, à l'animation et au contrôle de la politique foncière agricole ainsi qu'à la modernisation des exploitations ; la coordination des actions de développement agricole menées en Corse ; le pouvoir consultatif sur les questions relatives à la modernisation et au développement de l'agriculture.

L'office d'équipement hydraulique continue d'aménager et de gérer l'ensemble des ressources hydrauliques de la Corse (68), mais il le fait maintenant dans le cadre des orientations définies par la collectivité territoriale.

Il continue également d'assurer, en liaison avec l'office de développement agricole et rural, les actions d'accompagnement liées à la mise en valeur des terres irriguées.

Comme dans le cadre du précédent statut, les organisations professionnelles agricoles sont associées à l'organisation et à la gestion des deux offices et sont représentées à leur Conseil d'administration.

La nouvelle loi précise que les deux offices répartissent, dans le cadre des orientations arrêtées par la collectivité territoriale de Corse, les crédits qui leurs sont délégués par cette dernière. Les crédits de subventions versés par l'État aux offices seront individualisés dans la dotation générale de décentralisation.

b) Le tourisme

La loi du 30 juillet 1982 ne contenait aucune disposition sur le tourisme, mais celle du 2 mars permettait à la région de créer des agences pour l'exercice de ses compétences. Une agence du tourisme avait donc été mise en place par l'assemblée de Corse.

La nouvelle loi consacre un chapitre au tourisme, qui confère à la collectivité territoriale le pouvoir de déterminer, dans le cadre du plan de développement, les grandes orientations du développement touristique de l'île. Surtout, le statut de 1991 intègre la pratique régionale antérieure en créant une institution spécialisée dans le tourisme chargée, dans le cadre des orientations définies par la collectivité, de la coordination des actions de développement du tourisme en Corse, et notamment de la promotion touristique de l'île, ainsi que de l'aide à la modernisation des structures d'accueil et d'hébergement.

c) Le logement

La formulation exacte du statut de 1982 se retrouve dans la nouvelle loi : la collectivité territoriale définit ses priorités en matière d'habitat "après consultation

(68) Sauf en ce qui concerne certains aménagements hydroélectriques (article 22.1 de la loi du 30 juillet 1982 ; article 77.1 de la loi du 13 mai 1991).

des départements et, notamment, au vu des propositions qui lui sont adressées par les communes". Mais désormais, il est précisé que cette définition s'inscrit "dans le cadre du plan de développement".

La collectivité territoriale arrête également, tout comme l'ancienne région, la répartition des aides de l'État entre les programmes d'accession à la propriété, de construction de logements locatifs neufs et d'amélioration de l'habitat existant. Mais désormais, il est précisé que cette décision est prise par l'assemblée, sur proposition du Conseil exécutif.

Enfin, la collectivité territoriale peut, comme l'ancienne région, accorder des subventions, des prêts, des bonifications d'intérêts et des garanties d'emprunt. Mais désormais, il est précisé que ces avantages sont décidés par l'assemblée, sur proposition du Conseil exécutif.

d) Les transports

Comme dans le statut de 1982, la collectivité territoriale établit un schéma des transports, qui n'est plus qualifié de régional mais d'interdépartemental. Cette élaboration se fait après consultation du Conseil économique, social et culturel (substitué au Conseil économique et social), des départements et des organismes consulaires. Mais il y a deux changements par rapport au précédent statut :
- d'une part, l'établissement du schéma ne se fait plus au vu des propositions adressées à l'assemblée par les communes,
- d'autre part, il se fait désormais avec le concours de l'office des transports, qui gagne ainsi une prérogative intéressante.

La nouvelle loi précise que ce schéma s'impose aux plans départementaux des transports, et que par convention avec les départements, la collectivité territoriale de Corse charge ces derniers de l'organisation des liaisons interdépartementales prévues au schéma.

La loi ancienne prévoyait au contraire que par convention avec les départements, la région de Corse pouvait être chargée d'organiser les liaisons non urbaines routières de voyageurs.

En ce qui concerne l'exploitation des transports ferroviaires, il n'y a aucun changement : la collectivité territoriale de Corse, comme l'ancienne région, est substituée à l'État dans les droits et obligations de celui-ci.

En revanche, il y a dans la loi de 1991 une innovation importante quant à la voirie classée en route nationale : celle-ci est désormais transférée dans le patrimoine de la collectivité territoriale, qui en assure la construction, l'aménagement, l'entretien et la gestion. Par convention, la collectivité territoriale peut en déléguer la mise en oeuvre aux départements (69).

Il y a aussi un changement fondamental quant aux modalités d'organisation des transports maritimes et aériens entre l'île et la France continentale, et en particulier en matière de desserte et de tarifs : dans le statut de 1982, ces modalités étaient définies, sur la base du principe de continuité territoriale, dans une convention entre l'État et la région Corse. Dans le statut de 1991, le principe de continuité territoriale sert toujours de base, mais c'est désormais la collectivité territoriale qui a seule compétence en la matière.

Comme dans le statut de 1982, les concessionnaires sont des compagnies maritimes dont la flotte est immatriculée en France et des compagnies aériennes

(69) Le financement de cette compétence risque d'être insuffisant compte-tenu de l'état des routes, d'autant que, comme l'écrit M.P. Girod, la collectivité ne dispose "d'aucun service compétent" et "risque d'être conduite à recruter des personnels supplémentaires qui majoreront le coût global du transfert" (Avis, *J.O.* doc. Sénat n° 235, pp. 64-65).

titulaires d'une autorisation ou d'un agrément délivré par le ministère chargé des transports. Mais l'autorité concédante est désormais la collectivité territoriale de Corse. Les contrats conclus assurent l'intégralité du transport des passagers et du fret toute l'année dans le cadre du service public.

L'office des transports, sur lequel la collectivité exerce maintenant son pouvoir de tutelle, conserve sa mission initiale. Il conclut avec chacune des compagnies de transport concessionnaires du service public, des conventions quinquennales qui définissent les tarifs, les conditions d'exécution, la qualité du service ainsi que leurs modalités de contrôle. Il y a cependant deux différences avec le précédent statut :

- d'une part, il agit maintenant pour l'application des contrats de concession passés par la collectivité territoriale,
- d'autre part, il prend toujours en considération les priorités du développement économique de la Corse, mais dorénavant, ces priorités seront définies par la collectivité territoriale.

Comme le statut de 1982, la loi de 1991 prévoit que l'État verse une dotation de continuité territoriale dont le montant est, le cas échéant majoré des sommes versées par toute autre personne publique, et en particulier la Communauté économique européenne, afin de compenser tout préjudice résultant des restrictions apportées à la liberté de fixation des tarifs. Mais cette dotation n'est plus versée directement à l'office des transports ; elle l'est à la collectivité territoriale.

Toutefois, la loi nouvelle précise que c'est l'office qui répartit ces crédits entre les deux modes de transports, aérien et maritime, sous réserve que cette répartition reste compatible avec les engagements figurant dans les contrats de concession et qu'elle n'affecte pas, par elle-même, l'équilibre financier des compagnies (70).

La loi ajoute que l'office assure la mise en oeuvre de toute autre mission qui pourrait lui être confiée par la collectivité territoriale de Corse dans la limite de ses compétences.

e) La formation professionnelle

Le statut de 1982 avait conféré à la région Corse des compétences spécifiques en matière d'emploi, qui consistaient en la préparation, par une commission mixte État / Région, du programme des interventions de l'agence nationale pour l'emploi des services de l'État chargés de l'emploi dans la région et dans les départements de Corse, et de l'association pour la formation professionnelle des adultes.

Dans la nouvelle loi, seules des compétences en matière de formation professionnelle sont dévolues à la collectivité territoriale.

En plus des actions d'apprentissage et de formation professionnelle continue prévues par la loi du 7 janvier 1983, et dont la collectivité territoriale assure la mise en oeuvre au même titre que les régions, la Corse met en oeuvre, en application d'une convention passée avec le représentant de l'État, des stages financés sur les crédits du fonds de la formation professionnelle et de la promotion sociale, et créés en exécution de programmes établis au titre des orientations prioritaires de l'article L 910.2 du code du travail. Cet article confie au comité interministériel de la formation professionnelle et de la promotion sociale le soin de déterminer ces orientations prioritaires de la politique des pouvoirs publics, en vue de provoquer des actions de formation professionnelle ou de promotion sociale, ou de les soutenir par un

(70) M. P. Girod estime que "le transfert est vide de sens, puisque le futur office est totalement lié par les conventions qui sont déjà passées avec les sociétés maritimes ou les compagnies aériennes et dont certaines n'expirent qu'en 2001" (*J.O.* déb. Sénat, 20 mars 1991, p. 68 ; Avis, *J.O.* doc. Sénat n° 235, p. 60).

concours financier ou technique. Ces actions peuvent aussi bien porter sur la formation des stagiaires que sur celle des éducateurs.

Les opérations d'équipement d'intérêt national menées par l'État au titre de l'association nationale pour la formation professionnelle des adultes font l'objet d'une concertation entre le représentant de l'État en Corse et la collectivité territoriale. Le programme des autres opérations d'équipement de ladite association est déterminé par la collectivité territoriale seule.

f) L'énergie

La collectivité territoriale intervient, toujours dans le respect du plan de la nation, dans les mêmes domaines que l'ancienne région Corse :
- l'élaboration et la mise en oeuvre du programme de prospection, d'exploitation et de valorisation des ressources énergétiques locales (71),
- la participation à l'élaboration et à la mise en oeuvre d'un plan tendant à couvrir les besoins et à diversifier les ressources énergétiques de l'île en concertation avec les établissements publics nationaux.

La seule différence avec le statut de 1982, c'est que cette double compétence est maintenant une obligation (72) alors qu'elle n'était qu'une faculté (73).

2) Les moyens

On peut les regrouper autour de trois pôles :
- le plan de développement et le schéma d'aménagement,
- l'aide au développement économique et la fiscalité,
- les ressources.

a) Le plan de développement et le schéma d'aménagement

Le statut de 1982 n'évoquait le plan de développement de la Corse qu'à propos des attributions des Conseils consultatifs. C'est donc au droit commun régional issu de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, qu'il faut comparer les quelques dispositions consacrées à ce sujet par le statut de 1991.

À l'instar des plans des régions, le plan de développement de la Corse, élaboré pour la période d'application du plan de la nation, détermine les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de l'île, ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre.

Comme les plans régionaux, il prévoit notamment les programmes d'exécution nécessaires à la conclusion du contrat de plan avec l'État, dont la loi souligne l'importance en précisant que c'est l'un des moyens par lesquels s'exerce la solidarité nationale indispensable à la collectivité territoriale de Corse pour assurer son développement économique et social.

De même que chaque Conseil régional, l'assemblée de Corse est libre de déterminer la procédure d'adoption du plan, mais la préparation de celui-ci incombe au Conseil exécutif, qui ne se retrouve évidemment pas dans les régions, et les consultations que doit effectuer l'assemblée diffèrent quelque peu de celles qui s'imposent aux Conseils régionaux. Les départements et les partenaires économiques et sociaux de la collectivité territoriale doivent donner leur avis comme dans les

(71) Programme qui porte sur la géothermie, l'énergie solaire, l'énergie éolienne et de la mer, l'énergie tirée de la biomasse, l'énergie tirée de la valorisation et de la récupération des déchets, des réseaux de chaleur, l'énergie hydraulique des ouvrages dont la puissance est inférieure à 8000 KW ; programme qui comporte également des mesures destinées à favoriser les économies d'énergie.
(72) La collectivité élabore, met en oeuvre et participe ...
(73) La région pouvait élaborer, mettre en oeuvre et participer...

régions ; le Conseil économique, social et culturel remplit la même fonction que les Conseils économiques et sociaux régionaux, mais l'ensemble des communes semble devoir être consulté également ; la distinction établie par la loi du 29 juillet 1982 entre les communes consultées directement et celles qui ne le sont que par l'intermédiaire des Conseils généraux ne se retrouve pas.

Le statut impose deux délais à l'assemblée : d'abord, le plan doit être établi dans un délai d'un an à compter de l'installation de l'assemblée ; ensuite, le plan doit fixer les orientations sur la base desquelles doit être approuvé dans le délai d'un an suivant sont adoption, le schéma d'aménagement de la collectivité territoriale.

Désormais, c'est dans le cadre des orientations définies par le plan de développement que la collectivité territoriale établit son schéma d'aménagement. Ce schéma définit toujours les orientations fondamentales en matière de protection et de mise en valeur du territoire, mais il ne définit plus celles du développement de ce territoire. Il se cantonne à l'aménagement de l'espace.

En outre, le schéma détermine toujours l'implantation des grands équipements d'infrastructure, la localisation préférentielle des activités industrielles, artisanales, agricoles et touristiques, ainsi que des extensions urbaines, mais il ne détermine plus la destination générale des différentes parties de l'île.

On peut penser que les orientations fondamentales du développement du territoire et la destination générale des différentes parties de l'île sont du domaine du plan de développement.

La loi nouvelle prend soin de préciser que pour établir son schéma, la Corse bénéficiera dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État, du concours particulier créé au sein de la dotation générale de décentralisation en application de la loi du 7 janvier 1983. Dans le cadre du précédent statut, les dispositions concernant le financement du schéma n'étaient pas intégrées dans la loi mais faisaient l'objet d'un décret spécifique (74).

Le schéma d'aménagement de la Corse doit, comme auparavant respecter trois catégories de dispositions :

- les règles générales d'aménagement et d'urbanisme à caractère obligatoire prévues au livre premier du code de l'urbanisme,
- les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et les dispositions nécessaires à la mise en oeuvre d'opérations d'intérêt national,
- la législation en matière de protection des sites et des paysages ainsi qu'en matière de protection des monuments classés ou inscrits.

Il doit toujours prendre en compte les programmes de l'État et harmoniser ceux des collectivités locales et de leurs établissements et services publics.

Enfin, il vaut toujours schéma d'aménagement de la mer.

Les effets du schéma font maintenant l'objet d'un article spécial (l'article L 144.5) : ils sont toujours identiques à ceux des prescriptions définies en application de l'article L 111.1.1 du code de l'urbanisme. La nouvelle loi précise cependant que les schémas directeurs, les plans d'occupation des sols, ou les documents d'urbanisme en tenant lieu doivent être mis en compatibilité avec lui.

La nouvelle loi applique au schéma la séparation des organes qu'elle institue : le document est élaboré par le Conseil exécutif et adopté par l'assemblée. La possibilité d'une élaboration par un établissement public ayant compétence en matière d'urbanisme, prévue par la loi de 1982, disparaît.

Comme auparavant, sont associés à l'élaboration du schéma des représentants des départements et des communes et le représentant de l'État en Corse. Les chambres d'agriculture, les chambres de commerce et d'industrie et les chambres des

(74) Décret n° 84.260 du 9 avril 1984 (*J.O.* 11 avril 1984, p. 1120).

métiers sont également associées alors que selon la précédente loi, il fallait pour cela qu'elles le demandent.

Autre innovation : le schéma est soumis pour avis au Conseil des sites de la Corse institué à l'article L 144.6 du code de l'urbanisme. Cet organisme, créé par la loi de 1991, se substitue tout à la fois au collège régional du patrimoine et des sites, à la commission spécialisée des unités touristiques nouvelles et à la commission départementale des sites. Il comporte des représentants de la collectivité territoriale et des départements de Corse.

La suite de la procédure ne change pas : avant son adoption par l'assemblée, le projet de schéma, assorti de l'avis du désormais unique Conseil consultatif, est mis à la disposition du public pendant deux mois. Puis, le schéma est approuvé par décret en Conseil d'État.

L'alinéa ajouté à l'article L 144.3 par la loi du 23 décembre 1986, qui prévoyait l'élaboration du schéma par l'État en cas de carence de l'assemblée à l'issue d'un délai impératif, est supprimé (75). Les élus locaux sont donc désormais entièrement libres, sous réserve des dispositions de l'article L 144.4. Une partie de cet article reste en effet inchangée. Elle prévoit que la collectivité territoriale doit procéder aux modifications du schéma demandées par le représentant de l'État pour assurer sa conformité aux règles prévues à l'article L 144.2. Si la procédure de révision n'a pas abouti dans un délai de six mois à compter de la demande adressée au président du Conseil exécutif, il y est procédé par décret en Conseil d'État. En cas d'urgence, constatée par décret en Conseil des ministres, il y est procédé sans délai. L'autre partie, nouvelle, de l'article L 144.4 tempère quelque peu cette rigueur, en prévoyant que des adaptations législatives ou réglementaires pour la Corse pourraient être apportées au code de l'urbanisme dans le cadre de l'article 26 de la loi de 1991.

Dans le budget de la collectivité territoriale, figure un chapitre intitulé "fonds d'intervention pour l'aménagement de la Corse" géré par un comité que préside le président du Conseil exécutif. Le représentant de l'État en Corse et les parlementaires élus dans les départements de l'île en sont membres de droit.

Ces fonds sont constitués par le produit d'une taxe due par les entreprises de transport public aérien et maritime. Cette taxe est ajoutée au prix demandé aux passagers et assise sur le nombre de passagers embarquant ou débarquant en Corse. Elle est constatée et recouvrée comme en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

b) L'aide au développement économique et la fiscalité

Le nouveau statut prévoit que le régime des aides directes et indirectes de la collectivité territoriale en faveur du développement économique prévu par la loi approuvant le plan intérimaire pour 1982 et 1983 est déterminé par la collectivité territoriale dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Le régime des interventions économiques de la collectivité territoriale de Corse est fixé par délibération de l'assemblée de Corse. Le président du Conseil exécutif mettant en oeuvre ces délibérations par arrêté délibéré au sein du Conseil exécutif.

(75) L'assemblée de Corse n'ayant pas approuvé le schéma prévu par la loi de 1982 dans les délais, le comité interministériel du 16 janvier 1990 l'a dessaisie, confiant l'élaboration de ce document au Préfet de région. Ce dernier, secondé par un "comité de pilotage" composé d'élus et de représentants des activités économiques, a rendu public un "livre blanc" prenant en compte les travaux déjà réalisés le 25 janvier 1991 ; puis, le projet (arrêté préfectoral du 16 septembre 1991) a été soumis à l'assemblée de Corse. Bien que celle-ci ait demandé au Gouvernement de surseoir (avis du 15 novembre 1991), le schéma a été approuvé par le décret n° 92.129 du 7 février 1992 (*J.O.* 9 février 1992).

En outre, la collectivité territoriale peut participer à un fonds de développement économique géré par une société de développement régional ayant pour objet l'apport de fonds propres aux entreprises en développement (76).

Le comité de coordination pour le développement industriel de la Corse créé par le statut de 1982 (77) est maintenu par la loi nouvelle, mais il n'est plus institué auprès du Premier ministre. Il peut se réunir à la demande de ce dernier, mais aussi à la demande de l'assemblée de Corse.

La composition tripartite de ce comité est maintenue et précisée : il comprend un tiers de représentants de l'État, un tiers de représentants des sociétés nationales et un tiers de représentants de l'assemblée de Corse désignés à la proportionnelle des groupes.

Les attributions du comité sont simplifiées : il anime et coordonne les actions des sociétés nationales en Corse afin de réaliser des projets industriels d'intérêt régional. L'allusion à ses compétences dans le domaine de la formation professionnelle, qui figurait dans le précédent statut, a disparu.

La nouvelle loi crée une commission mixte de douze membres composée par moitié de représentants de la collectivité territoriale et de représentants de l'État et chargée de formuler des propositions relatives au régime fiscal spécifique applicable en Corse et aux dispositions destinées à faciliter la sortie de l'indivision. Avant de conclure ses travaux, cette commission doit consulter les parlementaires élus dans les départements de Corse.

Compte tenu des propositions de la commission, le Gouvernement devra présenter au Parlement un projet de loi dans un délai d'un an à compter de la date d'installation du Conseil exécutif.

Le précédent statut ne transférait aucune compétence à la région en la matière et prévoyait seulement, dans ses dispositions consacrées aux ressources de la collectivité, la présentation, par le Gouvernement, d'un rapport consacré au régime fiscal devant le Parlement (78).

c) Les ressources

Les ressources de la collectivité territoriale sont constituées par les ressources financières et fiscales dont disposait l'ancienne région, auxquelles s'ajoutent, bien sûr, les ressources attribuées par l'État pour financer les compétences nouvellement transférées.

Comme le prévoyait déjà l'ancien statut, la collectivité territoriale doit prendre en charge le financement des services et des établissements publics (dans la terminologie de 1982, il était question d'"agences") qu'elle crée.

Pour compenser une partie des charges résultant de la nouvelle loi, celle-ci décide que le produit des droits de consommation sur les alcools perçu en Corse sera transféré à la collectivité territoriale.

---

(76) Le rapporteur du projet à l'assemblée nationale, M. J. Rossi, avait proposé de "permettre la création en Corse de zones d'entreprises, analogues à celles qui ont été créées sur le continent". Mais la commission des lois ne l'a pas suivi (*J.O.* doc. A.N. n° 1706, p. 25).

(77) On peut regretter que ce comité ne se soit réuni qu'une fois, le 3 août 1983, car il a permis à l'État de favoriser l'implantation et l'extension en Corse d'entreprises de technologie avancée, offrant des emplois très qualifiés : Corse-composites-aéronautiques, le centre de réservation de la S.N.C.M. et la Mutuelle des Motards (*L'action de l'État au service du "statut particulier" de la région de Corse*, Préfecture de la région de Corse, janvier 1984, p. 14).

(78) Cela ne s'est d'ailleurs pas concrétisé (J.-P. Pastorel, "Les compétences de la collectivité territoriale de Corse", *R.F.D.A.* 1991, p. 747, L. Orsini, "Le régime fiscal de la Corse", *R.F.F.P.*. 1991, n° 33).

Comme dans le statut de 1982, il est dit que les services de l'État participant à l'exercice des compétences transférées à la collectivité territoriale seront si besoin mis à la disposition de celle-ci.

Plus encore, la nouvelle loi reprend exactement les dispositions de la précédente, selon lesquelles les services ou parties de services chargés exclusivement de la mise en oeuvre d'une compétence attribuée à la collectivité territoriale sont transférés à celle-ci. Ces transferts entraînent de plein droit la mise à la disposition de la collectivité territoriale des biens meubles et immeubles utilisés par l'État dans l'exercice de ces compétences. Lorsque ces biens sont la propriété de l'État, la remise à lieu à titre gratuit. La collectivité territoriale assumera les droits et obligations du propriétaire. Lorsque les biens étaient pris à bail par l'État, la collectivité territoriale succède a tous les droits et obligations de celui-ci. En cas de désaffectation totale ou partielle des biens remis par l'État à la collectivité territoriale, l'État recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur les biens désaffectés. Le seul changement par rapport à l'ancien statut réside dans la situation des fonctionnaires exerçant leurs fonctions dans les services en question. La loi de 1982 prévoyait qu'ils restent régis par leurs statuts d'origine alors que la nouvelle loi leur donne la possibilité d'opter pour le statut de fonctionnaire territorial dans les deux ans de l'entrée en vigueur des transferts de compétences.

La loi de 1991 prévoyait la création, sur un chapitre unique du budget de l'État, d'une dotation générale de décentralisation de la collectivité territoriale de Corse, regroupant les ressources de cette dernière, la compensation des charges résultant de ses nouvelles compétences, la dotation de continuité territoriale que répartit l'office des transports, ainsi que les crédits versés par l'État aux offices agricole et hydraulique. Il était également prescrit la publication, chaque année, en annexe au projet de loi de finances, d'un document retraçant l'évolution du montant des ressources spécifiques attribuées à la collectivité territoriale et précisant le montant prévu, au titre de la dotation générale de décentralisation, pour la compensation des charges nouvelles de cette collectivité. Mais le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, car elles fixent des règles organisant l'information du Parlement sur la gestion des finances publiques, alors que l'ordonnance du 2 janvier 1959 réserve aux lois de finances l'édiction de telles règles.

-*-*-*-

Après avoir décrit les conditions d'élaboration de la nouvelle loi et analysé son contenu, il convient, en guise de conclusion, de s'interroger sur son application.

On peut d'abord constater une certaine réussite dans la refonte des listes électorales achevée en 1992, puisqu'elle a abouti à supprimer 25 % des électeurs, soit dix fois plus que l'assainissement opéré en 1982.

On doit cependant déplorer l'existence de clivages politiques importants, qui se sont manifestés lors des élections territoriales, et dont les plus aigus ont été suscités par le statut.

À gauche, ont été dénombrées deux listes communistes (79), mais surtout, deux listes socialistes, favorables au statut (80) et une liste radicale, foncièrement hostile à la loi Joxe (81).

(79) Listes M. Stéfani et D. Bucchini.
(80) Listes L. Croce et F. Luciani.
(81) Liste N. Alfonsi.

À droite et à l'extrême droite, ont été décomptées six listes (82), dont les deux principales étaient celle de M. J. Rossi, rapporteur de la loi à l'assemblée nationale, et celle de M. J.-P. de Rocca Serra, président sortant de l'assemblée de Corse et opposé au statut.

Enfin, dans le camp nationaliste, se sont présentées deux listes, dont l'une paraissait plus ouverte à la démarche du Gouvernement (83).

En définitive, on a donc assisté à une bipolarisation abolissant la dichotomie traditionnelle droite / gauche pour lui substituer une opposition pro-statut / anti-statut.

Les résultats du premier tour ont été à l'avantage des forces hostiles au statut.

À gauche, la liste radicale a obtenu 9,20 % des suffrages alors qu'aucune des listes socialistes n'a franchi le seuil des 5 % nécessaire pour se présenter au second tour (84).

À droite, la liste de M. H. Antona, favorable au statut, n'a pas non plus réussi à dépasser ce cap, et parmi les deux principales listes, celle conduite par M. J.-P. de Rocca Serra l'a emporté sur celle de M. J. Rossi (85).

Enfin, la remarquable poussée nationaliste s'est traduite par un score plus élevé pour la liste la moins encline à l'ouverture (86).

Le second tour, qui n'a vu s'opposer que neuf listes, a montré que l'opposition pro-statut / anti-statut, loin d'être purement circonstancielle, allait se cristalliser dans des alliances et tourner à la défaite des pro-statuts. L'élection du président, du bureau et du Conseil exécutif, qualifiée familièrement de "troisième tour", n'a fait que confirmer cette tendance.

Malgré une fusion de sa liste avec celle de MM. Antona (R.P.R. diss.) et Luciani (P.S. diss.), M. J. Rossi (U.D.F.) n'a obtenu que 15,87 % des suffrages, c'est-à-dire huit élus ; au sein de l'assemblée, il ne s'est pas agrégé à la puissante coalition nationaliste qui a totalisé près de 25 % des voix, soit un ensemble de treize élus (87).

En revanche, M. J.-P. de Rocca Serra (R.P.R.) est arrivé en tête avec 24,14 % des suffrages, obtenant seize élus compte tenu de la prime majoritaire. Son alliance avec le groupe radical de M. N. Alfonsi (dont la liste a recueilli 10,33 % des voix et cinq élus) lui a permis, avec d'autres forces d'appoint, d'être réélu président de l'assemblée de Corse à la majorité relative. La coalition qu'il dirigeait a obtenu également la majorité au bureau (88) et surtout, le privilège de constituer le Conseil exécutif (89).

Le consensus sur les institutions est un objectif nécessaire. Il semble avoir guidé l'initiative d'élaborer une nouvelle loi, mais puisque cette entreprise s'est très vite avérée contraire au but poursuivi, peut-être aurait-il mieux valu la suspendre pour laisser le temps au statut en vigueur d'entrer dans les moeurs (90).

---

(82) Listes J. Rossi, J.-P. de Rocca Serra, J.-P. Natali, H. Antona, P. Ceccaldi, et J.B. Biaggi (F.N.).
(83) Il s'agit de la liste A. Orsoni, expression d'un mouvement, le M.P.A., qui semble plus modéré que ceux associés au sein de la liste "Corsica Nazione", conduite par E. Simeoni.
(84) L'une des listes communistes l'a franchi de justesse.
(85) 18,81 % contre 12,47 % des suffrages.
(86) Liste "Corsica Nazione" (13,66 %), alors que la liste M.P.A. obtenait 7,41 %.
(87) 16,85 % (9 élus) pour "Corsica Nazione" et 7,98 % (4 élus) pour le M.P.A.
(88) Le bureau , élu à la proportionnelle, est composé de MM. N. Alfonsi (M.R.G.) et J. Colonna (R.P.R.) (Vice-présidents), ainsi que de MM. P. Arrighi (App. R.P.R.), S. Gandolfi-Scheit (R.P.R.), P.-J. Luciani (Bonapartiste), E. Mocchi (R.P.R.), P. Donat-Poli (U.D.F.), T. Luciani (div. gauche), J. Biancucci ("Corsica Nazione") et L. Battesti (M.P.A.). Seuls, les communistes n'y sont pas représentés.
(89) Ce conseil, élu à la majorité relative, est composé de MM. J. Baggioni (U.D.F.) (président), A. Alessandrini (M.R.G.), P. Giacobbi (M.R.G.), P. Patriarche (div. droite), F. Piazza-Alessandrini (R.P.R.), J. Polverini (R.P.R.) et X. Villanova (Bonapartiste).
(90) Comme le suggérait E. Arrighi de Casanova à propos de l'assemblée de Corse : "Avant d'envisager de la doter, dans l'espoir de la stimuler, de pouvoirs accrus, mieux eût valu s'interroger sur les raisons

Certes, les institutions de 1982 étaient appliquées par des hommes qui les avaient combattues et qui n'avaient pas, dans l'exercice du pouvoir, assumé toutes leurs compétences. Mais dans le cadre d'un État de droit décentralisé, on ne peut concevoir à ce type de problème qu'une solution juridique émanant des élus locaux eux-mêmes : il leur faut se résoudre à utiliser les pouvoirs qui leur ont été transférés ; le Gouvernement devant se borner, dans le respect des textes applicables, à les y inciter.

Cette voie n'est pas utopique. On a vu dans d'autres circonstances, des courants politiques s'accommoder d'institutions auxquelles ils s'étaient auparavant opposés. Ne peut-on déceler, lors des débats parlementaires de 1991, l'amorce d'une pareille conversion ? La majorité sénatoriale s'est montrée attachée au "statut Defferre" qu'elle avait condamné dix ans plus tôt.

Cette question du consensus institutionnel vaut d'être posée, non pour le passé mais pour l'avenir, car c'est la coalition sortante que les électeurs ont de nouveau investie à l'assemblée de Corse pour appliquer une loi dont elle ne voulait pas. On est revenu au point de départ et c'est toute une accoutumance qu'il s'agit de recommencer.

---

pour lesquelles disposant, dans le cadre de son statut actuel, de compétences non négligeables elles les avait peu ou pas exercées" ("Pour réussir le plan Joxe sur la Corse", *Le Monde* 14 juillet 1990).

R.R.J. 1993-1
Pages 95 à 154

- III -

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

RÉFLEXIONS SUR "LA DOCTRINE DES PUBLICISTES LES PLUS QUALIFIÉS DES DIFFÉRENTES NATIONS"

(FLUX ET REFLUX RELATIFS DES FORCES DOCTRINALES ACADÉMIQUES ET FINALISÉES)

Par

André ORAISON
Maître de Conférences à l'Université de la Réunion

SOMMAIRE

Ire PARTIE. - LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION EN COURS DE LA DOCTRINE ACADÉMIQUE.

A. - **Le déclin relatif de la doctrine académique.**
   a) La doctrine académique n'a jamais été une source formelle du droit international.
   b) Le reflux partiel de la doctrine académique en tant qu'autorité en droit international.

B. - **La restructuration en cours de la doctrine académique.**
   a) La restructuration ostensible de la doctrine académique en tant que "chambre de diffusion".
   b) La restructuration impérieuse de la doctrine académique en tant que "chambre de réflexion".
   c) La restructuration formelle de la doctrine académique en tant que "chambre de consultation".

IIe PARTIE. - LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION PRÉVISIBLE DE LA DOCTRINE FINALISÉE.

A. - La restructuration formelle de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse.

a) L'identification de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse.
b) Le flux de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse.
c) La synergie entre la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse et l'ensemble de la doctrine académique.

B. - La restructuration indispensable de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative.

a) Le déclin relatif de la codification doctrinale officieuse du droit international.
b) Le surgissement de la codification doctrinale officielle du droit international.
c) Le déclin relatif de la codification doctrinale officielle du droit international.

C. - La restructuration progressive de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique.

a) Les jurisconsultes internationaux : une institution aux confins de la doctrine finalisée.
b) Le flux de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique.
c) Le fondement du déclin relatif de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique.

CONCLUSION

Une question mérite d'emblée d'être posée à l'occasion de la troisième année de la Décennie des Nations Unies pour le droit international (1990-1999) décrétée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. dans sa résolution 44/23 du 17 Novembre 1989 : *"la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" est-elle en train de passer des "sommets aérés" aux "vallons brumeux"* ? Cette interrogation iconoclaste a en fait pour prémices un cri d'alarme lancé par quelques caciques universitaires qui déplorent un "recul" de la doctrine en droit international comme en droit interne et par ricochet — selon certains — un "affaiblissement du Droit" (1).

Après avoir mis l'accent sur l'apport des Savants à la création des règles juridiques, le Français Michel Virally affirme ainsi en 1981 : "Le rôle de la doctrine a considérablement décru depuis le début du siècle (et surtout depuis trente ans). On assiste à une prise de conscience de plus en plus claire de l'importance politique du droit international, devenu pour les gouvernements une chose trop importante pour être laissée aux juristes et surtout aux professeurs" (2). Le Tchécoslovaque Antoine Hobza avait déjà déclaré en 1950 que "celui qui ne voit dans le droit ancien que l'ordre et dans le droit nouveau que l'anarchie" peut avoir la conviction que le "droit est en déclin" avant de préciser : "La réalité est cependant tout autre. Tandis que le *droit* évolue continuellement, la *science du droit* reste longtemps emprisonnée dans des conceptions vétustes et dans un formalisme périmé. *Ce n'est pas le droit qui est aujourd'hui en déclin mais l'influence de la science juridique sur l'évolution du droit"* (3).

Une fraction de la doctrine serait-elle atteinte d'hypocondrie ou les juristes internationalistes sont-ils réellement dans l'incapacité d'appréhender le phénomène juridique dans son ensemble ? Doivent-ils dans cette dernière hypothèse s'engager dans une vaste réflexion sur les objectifs et la restructuration de la recherche juridique ? Voici quelques unes des questions auxquelles nous devons tenter de répondre. Mais auparavant un problème plus prosaïque se pose : comment définir la doctrine?

Ce terme polysémique a ici deux sens voisins qu'il faut distinguer dès l'abord. Il signifie parfois la position exprimée par des responsables politiques investis de compétences étatiques à un moment donné de la conjoncture internationale. C'est dans cette première acception qu'il est possible de citer comme archétypes les doctrines Tobar ou Brejnev. MM. Patrick Daillier et Alain Pellet assurent qu'il importe peu que ces dernières aient des incidences sur le plan juridique — *reconnaissance* ou *souveraineté* — car "leur raison d'être est politique" (4). Elles n'ont pas en vérité pour ambition d'énoncer le droit international mais plutôt, selon l'expression de Guy de Lacharrière, une "politique juridique extérieure". Dans un sens plus technique - dorénavant seul pris en compte - le Président Jules Basdevant définit la doctrine par une formule lapidaire : "Conception et interprétation du Droit présentées par les auteurs dans leurs ouvrages de science juridique" (5). Mais il faut déjà observer que le vocable retenu dans cette seconde acception n'est pas lui-même dépourvu d'ambiguïtés. La doctrine est souvent perçue comme un agrégat dont les divers éléments constitutifs formeraient un *tout indivisible*. Dans une perspective critique, M. Michel Miaille précise que "tout se passe comme s'il n'y avait ni

(1) Cf. Carty (A.), The decay of international law ?, Manchester University Press, 1986, 138 p. ; Bredin (J.-D.), "Remarques sur la doctrine", Mél. Hébraud, 1981, p 121 : "L'effacement de la doctrine, le discrédit de la loi, l'exaltation du "précédent", la montée de l'équité, ce ne sont sans doute que des signes, parmi d'autres, d'un phénomène maintes fois décrit : le déclin du Droit".
(2) Cf. "À propos de la *lex ferenda*", Mél. Reuter, 1981, p. 520.
(3) Cf. "Effets internationaux des nationalisations", Annuaire de l'Institut de droit international, session de Bath, 1950, Tome I, p. 81.
(4) Cf. Nguyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), Droit International Public, Éditions L.G.D.J., 1987, p. 360.
(5) Cf. Dictionnaire de la terminologie du droit international, Éditions Sirey, 1960, p. 218.

dissidence ni opposition" (6). Or la doctrine, loin d'être un "corps de pensée organisé" et homogène, est plutôt une *abstraction* qui méconnaît la pluralité des genres. Ne pourrait-on pas soutenir à la limite qu'il y a autant de doctrines qu'il y a de juristes puisque chacun d'eux est conduit à apprécier les faits en fonction de son tempérament particulier ? Le mot "doctrine" désigne, sous cet angle, la conviction d'un Savant sur un point de droit ou la solution qu'il donne à une question qui fait l'objet d'une controverse.

Mais qui a plus exactement vocation à incarner la doctrine juridique ? Convient-il par exemple d'opposer les praticiens aux théoriciens qui seraient ainsi les seuls composants de la doctrine ? À cette nouvelle interpellation fait écho une réponse apparemment diaphane pour de nombreux auteurs. Toute personne ayant des connaissances en droit international peut se considérer comme membre de la doctrine des internationalistes dès lors qu'elle expose librement une opinion susceptible d'influence. Le double critérium de la *compétence* et de *l'indépendance* permet déjà d'imaginer l'ampleur de la "galaxie doctrinale" avec toutefois la réserve élémentaire selon laquelle *les publicistes des différentes nations sont plus ou moins compétents et plus ou moins indépendants.*

La doctrine ainsi définie a connu une phase de diversification. De la Renaissance au milieu du XIXème siècle, elle comprend des écrivains du droit isolés les uns par rapport aux autres et appartenant pour la plupart au monde des Universités. La doctrine professorale a bénéficié pendant une période plus que tricentenaire d'un quasi-monopole en matière d'identification et de systématisation des règles juridiques. Quelques savants ont à cet égard fait florès en exerçant une influence indélébile sur la formation du droit international positif du XVIème au XVIIIème siècle, considérés comme les Siècles d'Or de la doctrine pour un grand nombre d'auteurs. De fait, il n'est peut-être pas exagéré de soutenir avec le Président Manfred Lachs que "certains ont inscrit leur nom pour des siècles dans l'histoire du droit international" (7). C'est le cas des précurseurs comme l'Espagnol Vitoria ou le Néerlandais Grotius qui occupent un rang élevé sur le proscenium du panthéon juridique dans la mesure où tous deux ont réussi à faire admettre le principe de la limitation de la souveraineté des États par le droit naturel. Mais les études individuelles de maîtres de plus en plus isolés dans leur tour d'ivoire entrent en compétition à la fin du XIXème siècle avec les travaux collectifs des sociétés scientifiques permanentes dont la plus ancienne et la plus connue est l'Institut de droit international fondé en Belgique en 1873 à l'initiative de publicistes éminents comme l'Écossais James Lorimer ou l'Argentin Carlos Calvo. Les auteurs cessent par ailleurs à la même époque d'être principalement des universitaires agissant à titre personnel ou dans des cénacles purement privés.

À cette doctrine classique de théoriciens purs — généralement appelée "doctrine académique" ou "doctrine de réflexion" — dont les membres interviennent quand ils veulent et sur les sujets de leur choix s'est graduellement superposée, dès l'aube du XXème siècle, une doctrine nouvelle de praticiens — que l'on peut encore désigner "doctrine finalisée" ou "doctrine d'action" — engagée dans des procédures spécifiques de nature diplomatique, normative ou contentieuse.

Les juges des tribunaux internationaux incarnent ainsi la doctrine finalisée lorsqu'ils rédigent en conscience des opinion séparées qui sont autant de commentaires critiques des décisions de justice. En usage dans les pays anglo-saxons, le surgissement de cette pratique sur la scène interétatique remonte à la fin

(6) Cité *in* Arnaud (A.-J.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J., 1988, p. 104.
(7) Cf. Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratique, Éditions Économica, 1989, p. 226.

du siècle dernier avec la montée en puissance de l'arbitrage qui reste le mode exclusif de règlement juridictionnel des différends jusqu'en 1920, date à laquelle s'affirment progressivement les opinions individuelles ou dissidentes des juges inamovibles des Cours universelles de La Haye. Les unes et les autres peuvent être assimilées à des productions doctrinales dès lors qu'elles ne coïncident pas avec le point de vue officiel exposé par l'Assemblée du Palais de la Paix dans ses arrêts ou avis. Certains jurisconsultes internationaux peuvent également être considérés comme constituant une branche efficiente de la doctrine finalisée au XXème siècle lorsqu'ils ont pour mission de donner — sur des problèmes généralement importants — des avis scientifiques suivant leurs consciences aux gouvernements étatiques. Il convient enfin de faire une place de choix à la Commission du droit international des Nations Unies (C.D.I.) créée en 1947. Bien qu'elle soit un organisme officiellement préposé par l'O.N.U. à la tâche de la codification des coutumes, la C.D.I. fait sans conteste une œuvre de nature doctrinale. Elle donne en effet de solides garanties de technicité et d'impartialité dès lors qu'elle comprend quelques uns des plus grand juristes du monde "possédant une compétence reconnue en matière de droit international " et agissant en toute liberté par rapport à leur État d'appartenance. Sa contribution à la codification conventionnelle du droit international est déjà monumentale si on la compare aux résultats des travaux antérieurs officiels ou officieux.

L'inventaire des différents éléments qui forment aujourd'hui la "constellation doctrinale" s'est manifestement enrichi depuis plus d'un siècle. Celui qui est proposé ici n'est d'ailleurs pas exhaustif (8). Évoquer le repli des forces doctrinales à la suite de ces prolégomènes n'apparaît-il pas de prime abord abstrus ?

La réponse à la question de savoir si la doctrine est entrée dans une phase "crépusculaire" ne saurait être en vérité péremptoire. Les remarques précédentes montrent déjà qu'elle doit être modulée en fonction des rameaux de plus en plus nombreux qui l'incarnent. L'abaissement dont on parle a en d'autres termes beaucoup plus de chance d'être sectoriel que global. Il apparaît en outre bien délicat à évaluer. Il ne suffit pas en effet de décréter le déclin de la doctrine. Encore faudrait-il pouvoir le démontrer. La question est alors de savoir s'il est possible de déterminer l'emprise de la science du droit et les oscillations kaléidoscopiques de son impact sur le droit. Mais le dénouement de cette problématique est *a priori* aléatoire pour deux raisons.

Comme le fait observer M. Jean Rivero, cette recherche est d'abord difficile dans l'absolu "dans la mesure où les cheminements de la pensée ne laissent point de trace après eux" (9). Faut-il rappeler que le droit n'est pas une science exacte contrairement à la chimie ou à la physique ? La science du droit ne peut subséquemment que constater d'une manière diffuse les besoins d'une société complexe et sans procéder à des découvertes spectaculaires de nature à bouleverser soudainement le cours des choses. Dans le même ordre d'idées, la littérature du droit est rarement indiquée dans les décisions rendues par les tribunaux internationaux permanents sans que l'on puisse pour autant prétendre qu'elle ne joue aucun rôle dans l'orientation de leur jurisprudence. Mais parce qu'elle est précisément si peu citée, il est d'autant plus malaisé de connaître avec certitude la portée de son influence. Autant dire, dès à présent, que l'autorité morale et scientifique de la doctrine juridique est pratiquement "impossible à quantifier".

La littérature juridique se caractérise ensuite par son aspect de plus en plus hétéroclite et il est relativement aisé d'illustrer cette diversité grandissante.

(8) Voir *infra* le cas spécifique des avocats généraux près la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.) ainsi que les opinions formulées individuellement en son sein par les membres de la Commission du droit international des Nations Unies.

(9) Cf. "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", Pages de doctrine, L.G.D.J., 1980, p. 63.

Représentant "l'épine dorsale" de la doctrine universitaire, les professeurs de droit exposent leurs idées dans des écrits dont la gamme est immense : articles, manuels, monographies, notes... Il faut encore mentionner les nombreuses résolutions des sociétés savantes publiées dans des annuaires, les projets d'articles des organes codificateurs comme la Commission du droit international qui deviennent des règles de droit après avoir été ratifiés par les États, les opinions individuelles et dissidentes émanant des juges ou des arbitres internationaux, les avis donnés par les jurisconsultes indépendants qui conseillent les gouvernements ainsi que les communications et rapports présentés "en conscience" par des juristes de renom lors de Conférences diplomatiques réunies pour créer des règles conventionnelles nouvelles ou pour codifier les règles coutumières existantes. Autant dire également que l'autorité de la doctrine juridique est devenue au fil des ans de plus en plus "malcommode à localiser".

En dépit de cette double restriction, il est néanmoins permis d'établir une dichotomie clarificatrice en reconnaissant notamment avec MM. Patrick Daillier et Alain Pellet que "le poids" des opinions doctrinales varie dans la pratique "de façon sensible selon qu'elles s'expriment dans un cadre pédagogique, de libre discussion académique, ou qu'elles s'insèrent dans une procédure internationale (diplomatique, normative ou contentieuse)". Une telle affirmation — qui repose implicitement sur le dogme d'une doctrine bicéphale — mérite examen. *A priori* fondée, elle doit en vérité être tempérée par une double remarque.

D'abord, le *limes* entre doctrine de réflexion et doctrine d'action n'est pas toujours facile à tracer dans la mesure où ces deux catégories de forces doctrinales sont le plus souvent composées — loi du dédoublement fonctionnel oblige — par les mêmes personnes et plus exactement par les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations". Il existe de surcroît une pérennique collaboration entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en vue d'assurer " le progrès du droit international".

Dans les développements suivants, nous nous efforcerons en fait de démontrer que la doctrine des internationalistes joue toujours dans son ensemble un rôle considérable en dépit d'interrogations récurrentes sur son déclin et que le phénomène tant redouté du déclin relève de toute façon beaucoup plus du relatif que de l'absolu. Dans un système juridique international en mutation accélérée depuis la fin de la seconde guerre mondiale, il faut plus précisément mettre l'accent - d'une part - sur le reflux partiel et le redéploiement prévisible de la doctrine finalisée (II) - d'autre part - sur le déclin relatif et la restructuration en cours de la doctrine académique (I).

- I -
LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION EN COURS DE LA DOCTRINE ACADÉMIQUE

On a souvent entendu dire que les forces doctrinales traditionnelles exerçaient un impact moindre de nos jours qu'autrefois. L'assertion selon laquelle la doctrine des théoriciens n'est plus ce qu'elle était est sans doute exacte.

Il faut toutefois la nuancer de manière sensible en mettant en balance le redéploiement ou la restructuration en cours de la doctrine purement académique à l'époque contemporaine (B) et sa régression ou son déclin au reste tout relatif sur le plan historique (A).

A) LE DÉCLIN RELATIF DE LA DOCTRINE ACADÉMIQUE

Une observation préliminaire de nature à rasséréner les internationalistes pourrait être formulée de la manière suivante. La doctrine en générale n'est certainement pas immarcescible. L'amoindrissement de son influence est cependant beaucoup moins frappant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques nationaux.

Il est en réalité loisible de vérifier cette thèse en approfondissant une double proposition. Le repli de la doctrine des internationalistes en tant qu'autorité n'est d'abord que partiel. La doctrine académique n'a jamais été par ailleurs une source formelle du droit international.

a) La doctrine académique n'a jamais été une source formelle du droit international

La doctrine pure est parfois mise en corrélation avec d'autres notions avec lesquelles elle présente des affinités plus ou moins étendues : *épistémologie, idéologie, jurisprudence, science juridique, source du droit.* Concernant ce dernier point, il importe d'emblée de vider une querelle sémantique. Que faut-il entendre par "sources du droit" ? Bien que consacrée par l'usage dans le langage des juristes, cette expression a en fait toujours été au cœur de vives polémiques. Louis Cavaré soutient par exemple que "le terme de "sources" est impropre" avant d'ajouter : "Il faudrait le réserver aux origines sociales et profondes du Droit" (10). Ne conviendrait-il pas en vérité, dans une thématique générale de la notion de "sources du droit", d'établir le départ entre le processus créateur d'une norme juridique et la norme résultant dudit processus ? Or — comme le souligne M. Hugo Caminos — "la notion de *sources* s'applique tant au processus qu'à la norme". Le concept est donc non seulement *métaphorique* mais aussi *amphibologique*.

Point n'est besoin cependant d'avoir recours à l'innovation terminologique à condition de spécifier le sens dans lequel on entend l'employer. M. Serge Sur constate ainsi que le vocable "source" vise parfois l'ensemble des données de base qui déterminent l'évolution du droit : "relations de puissance, idéologies, systèmes culturels, etc." (11). Ces facteurs extra-juridiques, souvent impalpables et casuels, correspondent à ce qu'il est convenu d'appeler les "sources matérielles du droit". À ces dernières - qui ne participent que par contrecoup au processus d'émergence du droit positif - s'opposent les "sources formelles du droit". On désigne par là les formes sous lesquelles les normes juridiques prennent corps ou, suivant la locution de Charles De Visscher, les "procédés d'élaboration technique du droit" (12).

Dans l'ordre interne, c'est la Constitution qui détermine les autorités compétentes pour créer les règles juridiques. Le problème paraît assurément plus ardu à résoudre dans un ordre international dépourvu de Loi fondamentale. Où dès lors trouver trace des diverses techniques de formation du droit ? Paul Reuter répond qu'elles sont parfois répertoriées dans les chartes constitutives de certains tribunaux internationaux à vocation universelle et à compétence générale. On peut ici effectivement faire référence à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale instituée le 16 Décembre 1920 sous l'égide de la S.D.N. et dont les dispositions ont été reprises par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice incorporé à la Charte de l'O.N.U. du 26 juin 1945. En vertu de ce texte

(10) Cf. Le Droit International Public Positif, Éditions Pedone, 1967, p. 214.
(11) Cf. Thierry (H.) et autres, Droit International Public, Éditions Montchrestien, 1986, pp. 33-34.
(12) Cf. "Contribution à l'étude des sources du droit international", R.D.I.L.C., 1933, p. 402.

capital de droit positif, la Cour a pour mission "de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis". Elle applique à cette fin les traités "établissant des règles expressément reconnues par les États en litige", "la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit" et "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Outre cette triade - au demeurant non hiérarchisée des sources formelles du droit international - l'article 38 précise que la Haute juridiction internationale "applique" — *"comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit"* (c'est nous qui soulignons) — "les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations".

Cette "disposition pragmatique" est cependant loin d'être univoque (13). Le Professeur Ian Brownlie avance par exemple que les mots "applique" et "auxiliaire" pourraient laisser accroire que l'article 38 vise dans un sens littéral des sources autonomes du droit international dès lors qu'il ne fixe pas une ligne de démarcation tranchée entre sources formelles ou sources proprement dites et simples moyens susceptibles de les déceler (14). L'incertitude conceptuelle paraît *a priori* d'autant plus grande que ce texte égraine les unes et les autres dans un même paragraphe. Mais une pareille déduction est manifestement inacceptable. Aucun internationaliste n'a d'ailleurs pris prétexte de cette "faille rédactionnelle" pour soutenir une telle interprétation. Le Français Nguyen Quoc Dinh fait valoir à ce sujet : "Un moyen de détermination du droit n'équivaut pas à un moyen de création du droit". C'est dire, en d'autres termes, que la doctrine et la jurisprudence ne sont pas des forces directement créatrices du droit.

Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi dans l'absolu. La question peut plus précisément être envisagée sous un angle historique. Un parallèle s'impose à cet égard entre l'ordre juridique international et certains ordres juridiques internes dans lesquels s'est produite une évolution radicale. Lord Arnold Mc Nair souligne par exemple que la doctrine fut une véritable source du droit dès le Haut-Empire romain dans la mesure ou les *responsa* des *Prudents* — investis du *jus publice respondendi* — avaient force de loi et étaient assimilées aux rescrits impériaux et aux sentences des juges (15). Plus tard, au Moyen Âge, après la renaissance du droit romain, une grande autorité était reconnue à une doctrine unanime et constante (*communis opinio doctorum*). Mais il en va tout autrement de nos jours. Le Français René David atteste que la doctrine a cessé d'être de façon directe une source du droit dans les systèmes juridiques nationaux modernes "en ce sens que l'on n'est plus obligé de donner effet à ce qu'elle enseigne" (16). La méconnaissance d'une opinion doctrinale, même communément admise, ne peut jamais en conséquence constituer un cas d'ouverture du pourvoi en cassation.

La solution consacrée dès l'origine dans la société interétatique est en revanche restée inaltérable. La doctrine ne s'est jamais vue attribuer un pouvoir normatif. Hans Kelsen note que la *science du droit* "ne peut pas prescrire quelque chose comme le fait le droit". Mais pourquoi les écrits doctrinaux n'acquièrent-ils jamais par eux-mêmes "force juridique" ? Après avoir souligné que les Savants

(13) Elle a d'ailleurs été critiquée *dès l'origine* et *dans son entièreté*. Rédigé parfois en termes pléonastiques ou anachroniques, l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye dresse surtout des sources formelles du droit international une liste lacunaire dès lors qu'il ne mentionne ni les actes unilatéraux élaborés par les États souverains ni les résolutions prises par les organisations internationales.
(14) Cf. Principles of Public International Law, Clarendon Press Oxford, 1966, pp. 2-3.
(15) Cf. Roman Law and Common Law, Cambridge University Press, 1952, pp. 12-15. Promulguée en 426 par l'Empereur Valentinien III, la Loi des citations prescrit de suivre les avis émis par certains jurisconsultes - Gaius, Modestin, Papinien, Paul, Ulpien - en posant des règles à suivre au cas où ces juristes seraient en désaccord sur les questions à trancher.
(16) Cf. "La doctrine, la raison, l'équité," Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, 1986-1, p. 121.

analysent et apprécient le droit, M. Charles Rousseau répond qu'ils sont impuissants à le créer pour la simple raison qu'ils n'ont "aucunement reçu compétence à cette fin d'un organe étatique ou interétatique quelconque" (17). Dans le même ordre d'idée, Georges Scelle affirme : " Les jurisconsultes n'ont aucune compétence officielle pour rechercher et formuler la règle de droit" (18). Par sa rationalité, un tel raisonnement a en fait entraîné l'adhésion de l'unanimité des spécialistes du droit international (19). Tous reconnaissent nonobstant que le corpus doctrinal est loin d'être sans valeur dès lors qu'il peut être utilisé pour éclairer les gouvernements et les Sages en prouvant l'existence des règles juridiques. Cette précision a été formulée en termes clairs par le juge français André Weiss dans une opinion dissidente célèbre à la suite de l'arrêt rendu le 7 Septembre 1927 par la C.P.J.I. dans la non moins célèbre affaire du "Lotus" ayant opposé la France à la Turquie :

"Le droit international ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes. Il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes et de donner à ces principes une formule satisfaisante" (Série A, n° 10, p. 43).

La doctrine n'est donc pas une source du droit international au sens formel du terme mais plus humblement une autorité. Ce n'est pas un *succédané* des normes juridiques mais plutôt un simple *adjuvant* mis en œuvre pour identifier et déterminer leur contenu. Exposé concrètement dans une consultation lors d'un litige interétatique ou abstraitement et par avance dans une étude théorique, un point de vue doctrinal est donc inadéquat pour engendrer le droit positif. Il en est ainsi quelle que soit par ailleurs la notoriété de son auteur. Même une doctrine unanime et pérenne n'aura jamais la valeur d'une règle de droit. C'est dire que les forces doctrinales ne sauraient être mises sur le même plan que les traités et les coutumes ou les principes généraux qui peuvent seuls contraindre les sujets de droit. Il y aurait dans l'hypothèse contraire une précarité inadmissible en raison autant des inévitables divergences doctrinales que de leur grande versatilité. Les États qui sont très attachés à leur souveraineté refusent de surcroît d'être liés par des normes qu'ils n'élaboreraient pas eux-mêmes. Le principe selon lequel la doctrine n'est point une source du droit au sens strict du terme n'est pas lui-même sans conséquences. D'abord, l'ignorance des écrits doctrinaux ne constitue jamais un acte illicite de nature à engager la responsabilité internationale des gouvernements étatiques. On peut même se demander dans quelle proportion ces documents, de plus en plus nombreux, dispersés et surtout de valeur inégale, sont connus et consultés. Ne serait-il pas logique d'opposer à l'illustrissime apophtegme *"Nemo censetur ignorare legem"* un nouvel aphorisme : "Nul n'est censé connaître la doctrine" ? Ensuite, une décision de justice, prenant appui uniquement sur les forces doctrinales, serait entachée d'excès de pouvoir et donc dépourvue de valeur.

Un premier enseignement s'impose au terme de cette analyse. Le déclin historique de la doctrine purement académique auquel un certain nombre d'auteurs font aujourd'hui allusion est certes une réalité. Mais il est objectivement moins

(17) Cf. Droit International Public, Éditions Dalloz, 1987, p. 87.
(18) Cf. "Essai sur les sources formelles du droit international", Mél. Gény, 1934, Tome III, p. 426.
(19) On ne peut donc pas sérieusement présumer que les Savants qui considèrent la doctrine comme une source au sens large du terme dans leurs écrits aient voulu lui conférer le pouvoir d'établir formellement de nouvelles règles de droit. Ils expriment plus modestement le souhait de la voir figurer parmi l'ensemble des forces qui exercent une emprise sur les juridictions internationales et - plus généralement encore - dans la catégorie des sources matérielles du droit international. Voir en ce sens Economidès (C.), "Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international", A.F.D.I., 1988, p. 131.

tangible dans l'ordre juridique international que dans certains ordres juridiques nationaux.

Il faut par ailleurs reconnaître avec le Professeur Pierre Vellas que la doctrine pure exerce une fonction fondamentale dans la détermination et l'évolution du droit international "en raison de son caractère inachevé, primitif, en même temps que très évolutif"(20). Plus exactement, on peut la qualifier d'"autorité de fait" dont le rôle d'instigation la mêle étroitement à la vie juridique internationale tout en constatant néanmoins — toujours sur un plan historique — son reflux partiel.

b) Le reflux partiel de la doctrine académique en tant qu'autorité en droit international

Nos propos peuvent se résumer ici en un triptyque. Les causes du recul de l'impact doctrinal sont d'abord multiples. Le repli dont il s'agit est ensuite modéré. Il fait enfin suite à une ère de magnificence que la doctrine de réflexion a connu lors de la formation du droit des gens.

Quels sont donc plus prosaïquement les fondements du flux et du reflux de la doctrine académique en tant qu'autorité de fait ?

1) Le fondement de l'hégémonie de la doctrine à l'époque des Temps Modernes

Les règles de droit sont sans doute dans l'ensemble moins bien établies dans l'ordre international que dans les ordres internes. L'observation est toutefois plus exacte dans le passé qu'aujourd'hui. C'est un fait que les normes juridiques interétatiques ont été essentiellement produites par la voie coutumière dans un premier stade de leur évolution qui s'achève avec le XVIIIème siècle. C'est la raison pour laquelle on a parfois affirmé, sur le plan doctrinal, le "fondement coutumier du droit international". Mais les *sources spontanées* créées par l'usage ne sont pas parées de toutes les vertus. Leur avantage principal sur les *sources écrites* tient à leur ductilité qui leur permet de s'adapter aux changements incessants de la réalité sociale. En revanche, leur défaut rédhibitoire est de soumettre la vie juridique à une incertitude fâcheuse en raison de leur manque de précision. Le grief est d'autant plus grave que la société interétatique ne connaît aucun des moyens juridictionnels de règlement des conflits au cours de cette longue période tandis que la pratique diplomatique des États est placée sous le sceau de la confidentialité. En l'absence de juridictions internationales occasionnelles ou permanentes et de services juridiques organisés dans les chancelleries, "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" a bien été le seul "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". C'est dire, en d'autres termes, qu'elle a bénéficié d'un quasi-monopole en matière d'identification et d'interprétation des coutumes internationales.

L'inclination à investir la doctrine d'un crédit considérable dans l'ordre international est ainsi justifiée en raison des "données historiques". Encore convient-il de noter la persistance de sa position hégémonique jusqu'au milieu du XIXème siècle en dépit même de l'avènement du règlement arbitral. On sait que la première partie de l'époque moderne de l'arbitrage se caractérise par la création de commission mixtes en vertu du Traité Jay du 19 Novembre 1794 conclu entre l'Angleterre et les États-Unis. Or les sources écrites étaient à cette époque plutôt rares. La pratique des États dans leurs rapports mutuels était par ailleurs peu développée et surtout mal connue. On ne pouvait donc réellement en avoir connaissance que par les Savants

(20) Cf. Droit International Public, L.G.D.J., 1970, p. 195.

qui l'exposaient dans leurs études après avoir exercé des fonctions diplomatiques ou gouvernementales. C'est dire que pour les membres des ces instances arbitrales - qui manquaient souvent d'expérience en droit des gens - la "clef de voûte" restait toujours la doctrine et, de fait, celle-ci exerçait un pouvoir charismatique sur les sentences.

Max Sorensen fait encore valoir que la constitution du droit international moderne en un système juridique indépendant était due dans une large mesure aux idées de Grotius et des épigones qui lui succédèrent. L'éminent internationaliste danois déclare à ce sujet : "Par l'adaptation aux rapports internationaux des considérations de droit naturel..., les auteurs du XVIIème et XVIIIème siècles créèrent un système juridique qui comblait beaucoup de lacunes dans la pratique et les coutumes des États et qui, par sa force inhérente dérivée de l'autorité du droit romain et de la croyance à la raison humaine, s'imposait à ceux qui étaient responsables de la conduite des affaires internationales" (21).

En trouvant un fondement plausible et accepté à la force obligatoire des normes juridiques interétatiques, la doctrine académique a manifestement connu son ère zénithale dans l'ordre juridique interétatique du XVIème au XVIIIème siècle. En s'emparant littéralement de la coutume, en étant pratiquement seuls capables d'en découvrir l'existence et d'en donner une interprétation à peu près communément admise, les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations" ont joué jadis un rôle plus important que de nos jours. Écrivant à l'époque cruciale de la formation du droit international, certains auteurs ont pratiquement été élevés au pinacle. Pour faire image, on a été parfois jusqu'à les qualifier de "Pères fondateurs du droit des gens" (22). Le Soviétique Grigory Tunkin souligne que le droit international a pu même être considéré encore au XIXème siècle par de nombreux théoriciens comme étant un droit essentiellement "doctrinal" et plus précisément comme un "droit de savants"(23).

Comment alors expliquer l'évanescence de cette vision extatique ou de cette attitude égocentrique à l'aube du XXème siècle ?

2) Le fondement du déclin objectif de la doctrine à partir du XIXème siècle

L'effritement de l'autorité des forces doctrinales peut se comprendre en raison des turbulences qui secouent la société internationale depuis plus d'un siècle. La doctrine académique a d'abord perdu sa suprématie en tant que "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". Dès la fin du siècle passé, elle entre en effet en concurrence avec les organismes juridictionnels de règlement des différends interétatiques dont la fonction est également de reconnaître l'existence des règles du droit positif et notamment celle des règles coutumières. Identification et interprétation des coutumes par les tribunaux internationaux se sont par la suite développées tout au long du XXème siècle dans le cadre notamment des Cours de La Haye. Il faut encore mettre l'accent sur la déliquescence progressive du droit coutumier au profit du droit conventionnel qui se traduit par des règles moins labiles dans le système juridique international contemporain. Le résultat est patent. Les traités occupent déjà en 1920 le premier rang dans l'énumération des sources du droit international telle qu'elle est donnée par l'article 38 du Statut de la C.P.J.I. Le préambule de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre

(21) Cf. Les sources du droit international, Éditions Einar Munksgaard, Copenhague, 1946, pp. 179-180.
(22) Cf. Pillet (A.), Les fondateurs du droit international. Leurs oeuvres. Leurs doctrines, Éditions Giard et Brière, 1904, 691 p.
(23) Cf. Droit International Public. Problèmes théoriques, Pedone, 1965, p. 115.

États est pour sa part rédigé en termes significatifs dès lors qu'il reconnaît "l'importance de plus en plus grande des traités en tant que source du droit international" (24).

Michel Virally fait observer avec pertinence que le rayonnement croissant de la jurisprudence internationale et le dynamisme évident de la technique conventionnelle — l'une et l'autre de plus en plus aisément accessibles grâce aux recueils officiels — ont tout naturellement "conduit à une utilisation plus rigoureuse du critère de l'origine des normes et, de ce fait, à une analyse plus exigeante de la valeur et de la signification des précédents" (25).

Au demeurant, ces bouleversements ne sont pas les seules causes du fléchissement effectif de la doctrine académique et du reflux de son état narcissique ou euphorique. Lawrence Oppenheim enseigne que son rôle a décru lorsque la pratique des États dans les affaires internationales a cessé au moins partiellement d'être "le secret des chancelleries" (26). Avec le principe de la diplomatie ouverte - consacré dans le cadre de la S.D.N. à partir de 1919 - la correspondance diplomatique et autres archives d'État sont désormais portées à l'appréciation du public. Il en est ainsi notamment grâce aux répertoires de pratique nationale qui ont vu le jour dans beaucoup de pays ainsi qu'aux enquêtes de plus en plus nombreuses et circonstanciées entreprises à partir de 1945 sous les auspices des "secrétariats internationaux" à l'instar de celui des Nations Unies. Max Sorensen souligne que les juges ont incontestablement aujourd'hui une vision à la fois plus directe et plus scientifique des affaires internationales qu'autrefois : ils bénéficient désormais de "sources de renseignements plus authentiques" que les écrits doctrinaux traditionnels. Le perfectionnement de l'information relative à la pratique des États et la prolifération des débats juridiques officiels dans des instances internationales de plus en plus nombreuses et variées ne pouvaient, de leur côté, que contribuer à ce mouvement de recul des forces doctrinales académiques.

Le lustre de la doctrine des internationalistes a indubitablement pâli au XXème siècle. Il subsiste néanmoins une réminiscence non négligeable de la période flamboyante qui fut autrefois la sienne dans le libellé même de l'article 38 du Statut de l'Assemblée du Palais de la Paix où "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" est mentionnée, au même titre que la jurisprudence, "comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit".

Jadis "star-vedette" incontestée dans la société internationale, la doctrine pure connaît cependant un déclin tout relatif dont il importe de rechercher le fondement.

3) Le fondement du déclin relatif de la doctrine au XXème siècle

Il n'est pas aisé au premier abord de mettre en évidence la relativité du reflux de l'impact doctrinal comme le montrent les propos suivants. Même si l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye cite la jurisprudence avant la doctrine — ordre de citation contraire à la chronologie historique — l'équilibre implicitement établi entre ces deux "moyens auxiliaires" est *a priori* fort critiquable.

La jurisprudence est certes placée sur un pied d'égalité avec la doctrine en tant que "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" comme l'avait suggéré le Baron belge Descamps lorsqu'il présidait en 1920 le Comité des juristes chargés de rédiger le Statut de la C.P.J.I. et comme le souhaite toujours par ailleurs la doctrine dominante qui reste attachée au dogme "très étatiste" — pour reprendre l'expression

(24) Cf. Bastid (S.), Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets, Économica, 1985, 303 p.
(25) Précité, p. 521.
(26) Cf. International Law. A treatise, Éditions Longmans, Green and Company, 1958, p. 33.

de M. Pierre-Marie Dupuy — selon lequel le juge international a pour rôle d'appliquer la règle de droit à un cas litigieux concret *(fonction juridictionnelle admise)* et non à la créer *(fonction jurisprudentielle contestée)*. On ne saurait pour autant ignorer que l'autorité de la doctrine est dans l'absolu moindre que celle de la jurisprudence. Il en est au demeurant ainsi dans l'ordre juridique international comme dans les ordres juridiques nationaux pour les raisons suivantes.

La doctrine a ainsi moins de poids dans les sociétés internes auprès des tribunaux que la jurisprudence des Cours suprêmes dans la mesure où cette jurisprudence attire hiérarchiquement à elle toutes les juridictions subordonnées par le jeu des voies de recours (appel et cassation). Cette dialectique n'est certainement pas admissible dans la société interétatique en raison de l'absence de subordination des tribunaux les uns par rapport aux autres et surtout à défaut de voies de réformation. La jurisprudence y a pourtant une emprise supérieure par rapport à celle de la doctrine pour plusieurs motifs. Contrairement aux dissertations doctrinales, les actes juridictionnels internationaux sont d'abord revêtus de l'autorité relative de la chose jugée et ont une valeur obligatoire pour les États en conflit. Le principe résulte notamment de l'article 59 du Statut de la Haute juridiction de La Haye selon lequel "la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le seul cas qui a été décidé". Cette disposition signifie, en d'autres termes, que chaque cas litigieux constitue un *unicum* que le Sage résout en fonction des particularités propres à celui-ci. Autant dire que les organes juridictionnels interétatiques ne disposent pas du pouvoir d'édicter des règles générales. Les décisions des tribunaux internationaux peuvent néanmoins constituer des précédents générateurs de normes coutumières lorsqu'elles sont suffisamment stables et concordantes pour paraître refléter l'assentiment général des États. Contrairement une nouvelle fois aux œuvres doctrinales qui en sont bien incapables et en dépit même de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye qui place les unes et les autres sur le même plan, force est d'admettre que les décisions de justice peuvent, dans certaines circonstances, participer directement au processus de création du droit international. On n'est pas ici très loin de la thèse "quasi hérétique" de Georges Scelle selon laquelle la somme des décisions rendues par les tribunaux internationaux constitue "une source autonome" du droit des gens au même titre que les traités ou les coutumes internationales. L'impact de la doctrine en général est enfin moindre que celui de la jurisprudence en raison de sa grande labilité. Bien que la C.I.J. ne soit pas soumise comme les juridictions des pays anglo-saxons à la règle du *stare decisis*, elle se montre en principe soucieuse d'assurer à l'ensemble de ses décisions *une cohérence* que l'on pourrait qualifier, avec M. Laurent Lucchini, de "normative". Elle prend plus précisément grand soin de s'appuyer sur ses décisions antérieures en invoquant au besoin ce qui constitue sa "jurisprudence constante" afin que ses décisions forment autant que possible un corpus jurisprudentiel compact. Des auteurs ont sans doute objecté que des revirements de jurisprudence sont toujours possibles. Leur remarque est exacte. Mais de telles volte-face sont en fait plutôt rares.

Dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu par la C.I.J. le 24 Juillet 1964 à propos de l'affaire de la *Barcelona Traction* (exceptions préliminaires), le juge Kotaro Tanaka a expliqué ce phénomène par le souci plus impératif pour la jurisprudence que pour la doctrine d'assurer la sécurité des relations interétatiques : "Le respect des précédents et le maintien de la continuité de la jurisprudence sont éminemment souhaitables dans l'intérêt de la certitude du droit, aussi indispensable en droit international qu'en droit interne. Les affaires du même genre doivent être tranchées de la même manière et si possible par le même raisonnement. Cette

restriction est inhérente aux activités judiciaires, différentes en cela des activités d'ordre purement théorique" (Rec., 1964, p. 65).

Malgré ces développements, il ne faudrait pas exagérer l'importance de la fonction juridictionnelle internationale. Le rôle des tribunaux internationaux est en effet objectivement bien inférieur à celui des tribunaux nationaux en raison de l'absence de contrôle juridictionnel obligatoire dans la société interétatique. La juridiction est impérative dans l'ordre interne en ce sens que toute Partie à un litige peut saisir la juridiction compétente par simple requête unilatérale alors qu'il en est tout autrement dans l'ordre international. Le recours à une procédure juridictionnelle y est facultatif et dépend en principe de la bonne volonté des États en cause. Or ces derniers — "entités souveraines" — ne s'en remettent qu'exceptionnellement à la justice internationale. Là encore le résultat est patent. À l'inverse par exemple du droit administratif français, le droit international public n'est certainement pas un "droit fondamentalement jurisprudentiel". On ne peut reconnaître d'une manière plus globale, avec M. Charles Leben, qu'une place modeste au système juridictionnel international "aussi bien en tant que moyen de règlement des différends (un parmi d'autres et le moins utilisé) qu'en tant qu'instrument privilégié d'affirmation et de développement du droit" (27). M. Daniel Colard précise, pour sa part, que la jurisprudence internationale" n'est pas un moyen privilégié de création des règles de droit" (28).

Un second enseignement s'impose au terme de cette analyse. Compte tenu du "primitivisme endémique" de la société internationale, dépourvue d'autorités supérieures aux États aptes à poser et à interpréter les règles juridiques, du caractère encore largement coutumier du droit international et de la pusillanimité du corpus jurisprudentiel, il y a incontestablement dans l'ordre juridique interétatique actuel — plus encore que dans les ordres juridiques internes — une part d'aléa considérable qui justifie un recours fréquent et déterminant à "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" en tant que "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". C'est dire que les forces doctrinales traditionnelles sont assurées pendant longtemps encore d'exercer une influence plus tangible dans l'ordre international que dans les ordres nationaux.

Il est en outre permis de faire montre d'un esprit ataraxique en constatant à l'époque contemporaine une restructuration en cours de la doctrine académique (B).

B) LA RESTRUCTURATION EN COURS DE LA DOCTRINE ACADÉMIQUE

Cette réorientation est perceptible quand on analyse le triple rôle qui relève de la compétence de la doctrine pure. Celle-ci a déjà été définie comme un "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" par l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. Elle joue toujours en cette qualité un rôle éminent en tant que "chambre de consultation" auprès des tribunaux internationaux. Ses travaux représentent par ailleurs des analyses explicatives et critiques des règles qui composent l'ordre juridique international et de la façon dont elles peuvent être mises en œuvre par la pratique.

En raison de ses tendances quasi ataviques, la doctrine académique joue toutefois un rôle beaucoup plus faible en tant que "chambre de réflexion" qu'en tant que "chambre de diffusion" du droit international.

---

(27) Cf. "La juridiction internationale", Droit, 1989, p. 144 et Mbaye (K.), "L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice," R.C.A.D.I., 1988-II, pp. 245-246.
(28) Cf. Les relations internationales, Éditions Masson, 1987, p. 135.

a) La restructuration ostensible de la doctrine académique en tant que "chambre de diffusion"

L'accent doit être spécialement mis ici sur deux points au demeurant connexes. La réorganisation de la doctrine purement académique est manifeste au niveau de la systématisation du droit international et d'abord au niveau de sa présentation.

1) La restructuration de la doctrine au niveau de la présentation du droit

Point n'est besoin *a priori* d'insister sur le rôle que joue la doctrine en ce qui concerne la présentation et l'interprétation du droit qui en découle. Les chercheurs se sont toujours reconnus le pouvoir scientifique de faire connaître les règles juridiques et de promouvoir leur meilleure utilisation possible. La formulation la plus nette de ce *positivisme* a été donnée par Hans Kelsen lorsqu'il déclare qu'il appartient à la science du droit international "de connaître le droit" et, "sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser". Un des grands mérites du fondateur et architecte de l'École de Vienne est d'avoir insisté sur la nécessité d'une différenciation symptomatique entre le "droit", déjà exprimé dans un langage compréhensible, et la "science du droit" (la *jurisprudentia* des Romains). Le maître autrichien affirme en effet que "les organes juridiques ont d'abord à créer le droit" avant d'ajouter aussitôt : "C'est la condition nécessaire pour qu'il puisse être ensuite connu et décrit par la science du droit" (29). Il faut même reconnaître avec M. Christian Atias que l'action de connaissance du droit et de transmission de cette connaissance est l'une des plus caractéristiques de la doctrine : "Ni le législateur ni le juge n'ont pour fonction de fournir des renseignements sur le droit. C'est à la doctrine seule que cette tâche incombe. Elle est ainsi placée en position de relais entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il est connu" (30). Ces deux activités n'ont évidemment pas le même but. La première a pour mission d'établir la règle de droit tandis que la deuxième a pour objectif de dire, "dans un langage descriptif et non prescriptif", ce qu'est la volonté des États ou des juges. Encore faut-il préciser que la doctrine académique ne se borne pas à répéter mécaniquement les normes juridiques posées par les autorités compétentes. L'étude exégétique de ces normes dans laquelle elle s'investit amplement vise à faciliter leur compréhension chaque fois que la règle de droit est ambiguë ou hermétique. Cette activité implique nécessairement un effort de la part de la doctrine au niveau de son interprétation. Quelques précisions s'imposent à ce sujet. Les voici.

On a parfois prétendu que la fonction qui vise à décoder les dispositions obscures d'une règle juridique n'est pas complètement "exclusive de toute coloration normative". Il est certes bien difficile de décrire ou *a fortiori* d'interpréter les règles de droit parfois rédigées dans un langage sibyllin ou des arrêts dont la motivation est elliptique sans leur apporter un élément inédit. Certains théoriciens ont cru alors pouvoir en déduire que "toute interprétation véritable est créatrice d'une règle de droit nouvelle". Une doctrine constante et unanime ne pourrait-elle pas jouer sous cet éclairage un rôle direct dans l'élaboration du droit ? Un éclaircissement se révèle ici indispensable. Après avoir déclaré que "la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif", Hans Kelsen prend bien soin de spécifier que cette édification n'a qu'un caractère purement intellectuel : "C'est seulement au regard de la théorie de la connaissance que l'on

(29) Cf. Théorie Pure du Droit, 1934, traduction française par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 98.
(30) Cf. Épistémologie juridique, Éditions P.U.F., 1985, p. 41.

peut parler ici de création. Il faut bien le voir : l'opération est d'une nature essentiellement différente de la création du droit par l'autorité juridique" (31). Cette construction est d'ailleurs loin d'être homogène comme le souligne Michel Virally : "Les auteurs n'échappent pas toujours à des préférences subjectives — par idéalisme, esprit de système ou de dévouement à des intérêts nationaux — qui les amènent à faire pencher leur description d'un droit prétendument positif vers les règles et principes auxquels les rapports internationaux devraient, à leurs yeux, se conformer" (32). Ce qui est dit, en d'autres termes, du droit international par les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations" dans leurs travaux n'est pas toujours conforme à ce droit.

La question-clef est alors de savoir quels sont les moyens d'expression des forces doctrinales traditionnelles. Eu égard au contenant et non au contenu, la doctrine est d'abord une œuvre écrite qui connaît un essor certain depuis trois ou quatre décennies. Un amoncellement de publications composites consacrées à l'étude du droit en est résulté. Il ne saurait donc y avoir dans ce domaine précis déclin ou involution mais plutôt efflorescence de la doctrine académique. Des changements substantiels dans ses modes d'expression se sont par ailleurs produits qui lui ont permis depuis la fin de la seconde guerre mondiale de renforcer son impact sur les sujets du droit international et sur les tribunaux internationaux. Encore convient-il ici de distinguer deux groupes d'écrits doctrinaux.

Le premier comprend des ouvrages généraux qui couvrent en un ou plusieurs volumes l'ensemble du droit international. On rencontre déjà des œuvres variées dans cette catégorie : les répertoires qui sont parfois de vastes encyclopédies alphabétiques ou thématiques, les traités qui présentent de manière dogmatique et systématique les diverses normes juridiques dont la somme constitue le droit des gens ainsi que les manuels et précis qui sont rédigés avec un effort didactique de schématisation dans la mesure où ils sont destinés aux étudiants et à l'enseignement du droit international. C'est dans ce groupe d'écrits doctrinaux que les soubresauts sont peut-être les plus nets. Les internationalistes ont d'abord privilégié la forme du traité pour exprimer leurs idées dans la période qui va du début du XIXème siècle au second conflit mondial (33). Or il faut bien constater par la suite la présence de plus en plus crépusculaire de ce genre d'ouvrages. C'est dire que le temps des traités généraux de droit international à l'instar de ceux de l'Américain Henry Wheaton ou du Britannique Lawrence Oppenheim ou encore du Français Charles Rousseau semble aujourd'hui révolu. Ces compositions scientifiques — souvent considérables — ne sont plus mises à jour ni *a fortiori* rééditées (on peut le regretter). Il n'est nullement téméraire de prédire sur un plan plus global avec le Professeur Clive Parry l'irréversibilité du déclin des études pouvant embrasser de façon explicite le droit international dans son intégralité (34). Dans le cadre du redéploiement de ses moyens d'expression, la doctrine a en fait tendance à remplacer les traités généraux par des œuvres spécialisées, parfois collectives, portant sur des thèmes bien délimités mais toujours très influents. Leur impact réel varie cependant encore en fonction de la langue véhiculaire choisie. C'est dire qu'une nouvelle restructuration formelle est en cours à ce sujet. En tant que grandes langues de communications internationales, l'espagnol ou le français et surtout l'anglais sont de plus en plus souvent utilisés dans leurs écrits scientifiques par les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations". Ne serait-il pas à la limite souhaitable que ces travaux - au moins pour les

(31) Précité, p. 99.
(32) Précité, p. 520.
(33) Cf. Charvin (R.), "Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950)", Mél. Chaumont, 1984, pp. 135-159.
(34) Cf. The sources and evidences of international law, Manchester University Press, 1965, p. 104.

plus importants - soient disponibles dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies ?

Le deuxième groupe d'études doctrinales, auquel nous venons de faire implicitement allusion, n'est pas davantage uniforme. Il comporte des œuvres de caractère scientifique prononcé comme les thèses de doctorat qui occupent, une fois imprimées, une place éminente dans la recherche juridique ainsi que les monographies de plus en plus nombreuses et souvent à finalité pratique. La doctrine comprend enfin des productions ponctuelles plus modestes par leurs dimensions que théoriciens et praticiens publient dans des revues juridiques spécialisées ou dans des Mélanges édités en l'honneur de professeurs émérites. Ces travaux prennent la forme d'articles ou de chroniques portant sur des thèmes très précis et souvent d'actualité ou encore de notes de jurisprudence. Les exemples ne manquent pas. Ne serait-il pas toutefois arbitraire et fastidieux - voir même irrévérencieux - d'égréner la litanie des principales études de droit international publiées depuis un quart de siècle ?

La "doctrine écrite" n'est pas au demeurant toute la doctrine. Sir Robert Jennings regrette qu'on ne songe pas assez à la puissance de persuasion et de suggestion de la "doctrine verbale". Le Britannique exprime à cet égard une pensée profonde lorsqu'il affirme : "Le droit qui n'est pas "enseigné" est souvent un droit faible" (35). À la littérature juridique rédigée, et malgré leur oralité, s'ajoutent effectivement les conférences et cours dispensés dans les Universités et les grandes Écoles ainsi qu'à l'Académie de droit international créée à La Haye en 1923. Le cours magistral se rapproche de l'ouvrage scolaire avec un ton doctoral plus marqué. M. Jean Rivero l'assimile à une technique audio-visuelle comparable à la télévision dont l'empire sur le public n'est plus à démontrer (36). Comment à l'occasion ne pas insister sur le rôle pédagogique des médias en cette fin de siècle : *radio, cinéma, télévision* ? Le Président Manfred Lachs souligne à ce sujet que les auditeurs et téléspectateurs sont "de plus en plus accoutumés à entendre des références au droit international dans les bulletins d'information et les documentaires" (37). Pour assurer son enracinement dans la conscience collective des peuples, le redéploiement de la doctrine au niveau des moyens d'expression devrait certainement être poursuivi dans cette direction. Dans sa résolution 45/40 adoptée le 28 Novembre 1990 dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, l'Assemblée générale de l'O.N.U. a invité pour sa part les États membres de l'Organisation mondiale à "encourager l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international" et à étudier "la possibilité d'inclure des éléments de droit international dans les programmes des écoles primaires et secondaires". Des perspectives nouvelles s'offrent ainsi à la doctrine pure en tant que "chambre de diffusion" du droit international. Le spectre du déclin pourrait reculer d'autant plus vite en ce domaine que la société internationale est sur la voie de la démocratisation en cette fin de XXème siècle.

De surcroît, il convient de souligner la restructuration spectaculaire de la doctrine académique lorsqu'elle intervient en tant que "chambre de systématisation" du droit international.

2) La restructuration de la doctrine au niveau de la systématisation du droit

Le droit en général ne serait qu'un capharnaüm ou un magma de matériaux épars sans la doctrine dont l'un des rôles principaux est de passer du cas concret à

(35) Cf. "*Teachings and teaching in international law*", Mél. Lachs, 1984, p. 121.
(36) Cf. "Réflexions sur l'enseignement du droit", Mél. Trotabas, 1970, p. 456.
(37) Précité, p. 188.

l'abstraction. M. Philippe Rémy précise que l'interprète a dès lors "le devoir" d'établir la norme juridique "à sa place dans un ordonnancement cohérent de décisions qui forment un système de droit" (38). L'un des objectifs majeurs des juristes est bien de procéder à des exposés systématiques du droit en vigueur afin d'en comprendre les mécanismes fondamentaux ainsi que les finalités. M. Jean Rivero rappelle d'ailleurs à juste titre un nouvel élément de particularisme de la doctrine par rapport à la jurisprudence : le Sage a pour ligne de conduite *l'empirisme* tandis que le Savant est condamné au *dogmatisme*. C'est dire que les théoriciens sont par vocation des "faiseurs de systèmes" dont l'apologie n'est certainement plus à faire (39). Ils ont à ce titre une mission irremplaçable à jouer dans l'organisation du droit. De fait, il faut reconnaître que certains auteurs ont parfois poussé très loin ce que M. Christian Atias appelle le "constructivisme juridique". C'est l'exemple français de l'École de l'Exégèse au XIXème siècle ou encore celui plus panoramique du système pyramidal des normes juridiques de Hans Kelsen au début du XXème siècle. Le rôle de la doctrine ne paraît-il pas néanmoins évanescent depuis plus d'un demi-siècle dans son œuvre de "modélisation" du droit ? Ne faut-il pas dresser un procès-verbal de carence et évoquer à nouveau le spectre du déclin dans la mesure où les "publicistes les plus qualifiés" produisent objectivement de moins en moins de grands systèmes capables de donner du phénomène juridique une explication d'ensemble ? Malgré les apparences, la situation n'est pas catastrophique.

Les causes du fléchissement de la doctrine en tant que "chambre de conceptualisation" des règles juridiques ne sont pas inconnues. Il faut en vérité tenir compte ici du phénomène d'émiettement du droit qui est l'une des caractéristiques majeures de l'évolution contemporaine du système juridique international. Pour légitimer ce processus d'atomisation, on peut invoquer une kyrielle de raisons : l'incommensurabilité du Droit, son hétérogénéité croissante, sa complexité accrue, la célérité de son évolution. Les atouts de la segmentation du droit sont par ailleurs visibles. Nous avons déjà relevé que la doctrine avait assuré sa régénération dans ses moyens d'expression en délaissant l'ère des œuvres générales et purement théoriques pour entrer dans celle des études détaillées et pratiques. La littérature juridique a ainsi gagné à la fois en densité et en performance. *Son niveau de précision n'a peut-être jamais été aussi grand que de nos jours.* Mais il y a l'envers de la médaille. Le virus de la compartimentation ou de la fragmentation du droit entraîne le cloisonnement de la recherche et un tel processus engendre à son tour des effets pervers. À l'instar de toute technique repliée sur elle-même, le Droit court le risque de devenir "un instrument de stérilité si ce n'est d'oppression" assure M. Jean-Denis Bredin après avoir constaté que la doctrine, de toute façon, se dégrade en s'engonçant "dans les limites d'une quelconque discipline". Les conséquences de cette évolution sont évidentes. Rares sont aujourd'hui les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations" capables d'embrasser l'ensemble de leur discipline au cours de leur carrière.

Avec M. René de Lacharrière, il faut bien admettre que les chercheurs accomplissent de nos jours des tâches le plus souvent parcellaires : "Il traitent des conditions nécessaires pour obtenir un prêt de la Banque mondiale ou des mesures que prévoit le IIIème accord international sur le cacao". L'auteur ajoute que ces questions de plus en plus spécialisées n'incitent pas les juristes à s'engager "vers les vastes constructions de l'esprit" avant de s'interroger : "Dès lors ne faut-il pas s'habituer à l'idée que les synthèses théoriques, les controverses doctrinales, appartiennent surtout au passé et que les préoccupations actuelles s'en détournent

(38) Cf. "Éloge de l'Exégèse", Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, 1982-2, p. 260.
(39) Cf. Rivero (J.), "Apologie pour les *faiseurs de systèmes*", Rec. Dalloz, 1951, Chron. XXIII, pp. 99-102.

inévitablement ?" (40). On peut observer — notamment avec M. David Kennedy — une tendance très nette au pragmatisme, à l'empirisme, à l'anticonceptualisme dans le domaine juridique et finalement à "l'agnosticisme théorique" dans la stratégie globale des internationalistes contemporains (41).Comment ne pas déplorer dans un climat apparemment délétère une certaine atonie quand ce n'est pas une régression de la réflexion théorique ? Une spécialisation qui est entrée dans une phase paroxysmale empêche inexorablement les théoriciens de progresser au niveau de l'idéalisation ou de la sublimation du Droit. Il convient pourtant d'atténuer la rigueur de ces propos alarmistes par une triple observation.

Tout d'abord, la période de l'Entre-deux guerres a été incontestablement fertile en travaux théoriques. Ainsi en témoignent les études des internationalistes autrichiens tels que Hans Kelsen et Alfred Verdross. M. René de Lacharrière note à un niveau plus global mais sur un ton quelque peu sardonique que "les théories anciennes existent, savamment construites, méditées, pesées et disponibles dans toutes les bibliothèques" (42). Toutes présentent cependant un dénominateur commun. Vitoriennes ou grotiennes, volontaristes ou objectivistes, dualistes ou monistes, kelséniennes ou scellistes, aucune de ces constructions n'est vraiment à l'abri de la critique. C'est dire qu'il faut déjà relativiser la faiblesse théorique de la doctrine d'aujourd'hui par rapport à celle d'hier. Comment ne pas partager, en d'autres termes, la conclusion de M. Christian Atias selon laquelle "les juristes devraient être mithridatisés à tout jamais contre une excessive confiance dans leurs théories" ? Mais ce constat ne signifie pas pour autant que les internationalistes doivent irrémédiablement baisser les bras ou se complaire dans une attitude fataliste.

La conceptualisation se rencontre certes moins souvent de nos jours au degré supérieur en raison de la balkanisation du Droit et de la promptitude de son évolution. Elle peut toutefois être détectée de plus en plus fréquemment à des paliers intermédiaires. Les exemples ici sont légion. La science juridique française a ainsi largement contribué à la systématisation du droit international du développement qui est un droit de finalité. L'expression même semble avoir été utilisée pour la première fois en 1965 par André Philip et Michel Virally. On connaît par ailleurs le rôle prépondérant joué par le Doyen Claude-Albert Colliard ou le Professeur Maurice Flory pour rendre cohérente cette branche du droit international général apparue à la suite de l'accession à l'indépendance des États nouveaux (43). Il y a également à un niveau plus "humble" un nombre toujours plus grand de thèses de doctorat et de monographies qui sont autant de synthèses de plus en plus influentes dans des matières fort complexes et controversées ou en voie de réactualisation comme par exemple le droit de la mer (44).

Enfin et surtout, il importe de mettre l'accent sur une nouvelle restructuration importante de la doctrine académique en constatant la quasi-obsolescence de l'école de pensée qui considère que le droit s'explique par lui-même et qu'il faut dès lors l'isoler des disciplines censées interférer avec lui. Après avoir constaté que le positivisme de la fin du XIXème siècle et l'école normativiste du début du XXème siècle avaient permis d'atteindre "de très hauts niveaux d'élaboration doctrinale" en désenclavant la science du droit des autres disciplines, M. Antonio Cassese souligne qu'ils avaient néanmoins débouché "sur un appauvrissement de la connaissance juridique" (45).

---

(40) Cf. "Notes sur les orientations de la doctrine," Mél. CHAUMONT, 1984, p. 364.
(41) Cf. "*A new stream of international law scholarship*", Wisconsin International Law Journal, 1988, Volume 7, n° 1, pp. 1-49.
(42) Précité, p. 367.
(43) Cf. Feuer (G.) et Cassan (H.), Droit International du Développement, Dalloz, 1991, 612 p.
(44) Cf. Lucchini (L.) et Voelckel (M.), Droit de la Mer, Pedone, Tome I, 1990, 640 p.
(45) Cf. le droit international dans un monde divisé, Éditions Berger-Levrault, 1986, p. 10.

Dans le même sens, Charles De Visscher précise que la théorie kelsénienne est "de toutes les doctrines contemporaines celle qui, très délibérément d'ailleurs, s'isole le plus complètement des réalités sociales" (46). M. Mohammed Bedjaoui exprime également un point de vue voisin lorsqu'il déclare que "le droit ne s'isole pas de son contexte socio-économique" (47).

Il y a sans doute toujours eu des écrivains pour faire ressortir l'emprise des éléments extra-juridiques découlant des réalités sociales sur la formation du droit international. L'un des premiers par exemple à avoir insisté sur le rôle de l'économie dans le progrès des relations interétatiques a peut-être été le Suisse Vattel dès le XVIIIème siècle. Les juristes afro-asiatiques et les tenants irréductibles de l'École marxiste doivent présentement être considérés comme les plus fidèles représentants de ce courant de pensée qui vise à privilégier la *transdisciplinarité* (48). Il est vrai néanmoins que la doctrine devrait avoir une conception toujours plus large de la science du droit si elle veut parvenir à une meilleure connaissance du phénomène juridique dans son ensemble. Comment dès lors ne pas partager l'opinion de Michel Virally, pour qui "le *pré-droit* mérite de faire l'objet de ses investigations autant que le droit établi", ou encore celle du nouvel académicien Jean-Denis Bredin : "Le Droit s'essouffle vite à ne pas rencontrer la philosophie, la sociologie, l'histoire, l'économie" ? Science et technologies sont également à prendre en considération dans la mesure où elles commandent l'innovation juridique. Ne sont-elles pas à l'origine de nouvelles inflorescences du droit international concernant l'Humanité entière comme le droit de l'espace cosmique ou celui des fonds océaniques ? Le droit comparé a lui aussi un rôle fondamental à jouer dans la science du droit. Les chercheurs ne devraient-ils pas davantage l'utiliser pour bonifier le système juridique international en mettant à profit l'expérience des divers systèmes juridiques nationaux qui sont particulièrement élaborés ? Ne faut-il pas par exemple — dans des négociations avec les États-Unis — bien connaître le droit constitutionnel de ce pays et tout particulièrement les restrictions qu'il impose aux pouvoirs des autorités fédérales investies du *treaty making power* (49) ?

Ces suggestions formulées, personne ne peut contester sur un plan global les efforts doctrinaux au niveau de la diffusion du droit. Les théoriciens ne sauraient cependant se contenter de gloser sur les règles juridiques en expliquant leur sens et leur portée ainsi que leurs conditions d'application ou leurs effets. M. Jean-Jacques Bienvenu affirme qu'une approche descriptive du droit positif est sans doute la condition *sine qua non* "de toute œuvre pédagogique et de toute recherche scientifique ". Mais l'éminent administrativiste français prend bien soin de préciser qu'une telle démarche ne doit pas pour autant "absorber toute l'activité doctrinale au point d'en faire une épuisante entreprise de légitimation et de cohésion de l'ordre juridique existant" (50). La thèse selon laquelle les juristes ne sauraient être uniquement des observateurs et des compilateurs est en vérité œucuménique et s'applique notamment dans l'ordre juridique international.

À l'égard des règles et des concepts juridiques, l'indépendance intellectuelle de la doctrine pure lui confère une importante fonction critique qui implique certainement de sa part — aujourd'hui plus qu'hier — une restructuration impérieuse en tant que "chambre de réflexion".

---

(46) Cf. Théories et réalités en droit international public, Pedone, 1970, p. 82.
(47) Cf. "Non-alignement et droit international", R.C.A.D.I., 1976-III, Tome 151, p. 381.
(48) Cf. Virally (M.), "Panorama du droit international contemporain", R.C.A.D.I., 1983-V, pp. 9-382 et Elias (T.O.), Africa and the development of international law, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 297 p.
(49) Cf. Jauffret-Spinosi (C.), Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1982, p. 11.
(50) Cf. "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", Droit, 1985-1, p. 156.

b) La restructuration impérieuse de la doctrine académique en tant que "chambre de réflexion"

La doctrine a pour mission de contester les solutions que le droit positif a mis en vigueur afin d'apporter une contribution efficace au progrès du droit. En reprenant les termes du Doyen Henri Batiffol, on peut dire que c'est même "la raison d'être fondamentale de l'existence d'une pensée juridique qui va au-delà d'une simple description" (51). La vocation de la doctrine est de mettre en lumière les imperfections du système juridique international et de proposer les moyens d'y remédier. Son rôle est bien de dégager l'esprit général du droit coutumier ou conventionnel afin d'en éliminer les zones d'ombre ou de résoudre éventuellement leurs antinomies. En allant plus loin avec le Recteur Jacques Dehaussy, il est permis de penser que la "doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" ne doit pas hésiter au besoin à "dénoncer les inadéquations" qu'elle "aperçoit entre les réalités sociales — qui évoluent sans cesse — et les règles juridiques"(52).

La doctrine apparaît dans ce contexte comme une indispensable "chambre de réflexion". Mais encore faut-il qu'elle soit entièrement libre de s'exprimer pour mener à bien sa mission. Cette exigence est assurément fondamentale quand on sait que bien peu de solutions de droit sont à l'abri des joutes doctrinales. Controverses académiques ou querelles byzantines paraissent même inévitables en matière juridique. C'est dire que la double activité créatrice et critique de la doctrine dépend des conditions idéologiques et politiques. Il est avéré que les régimes d'oppression détruisent la science. Ils stérilisent en particulier la science du droit et conduisent à l'obscurantisme ou à des doctrines "officielles" et "conformistes" — donc sclérosantes ou hémiplégiques — comme celles qui ont prévalu pendant des décennies et jusqu'en 1991 dans les régimes autoritaires à direction communiste de l'Europe de l'Est. Dire que les individus et tout spécialement les juristes ne comptent guère en tant que tels dans les "États de non-droit" ne signifie-t-il pas *a contrario* qu'il ne saurait y avoir de forces doctrinales dignes de ce nom — c'est-à-dire crédibles et influentes — sans respect des droits de l'homme et sans démocratie libérale ? Il est pourtant évident que l'État de droit n'est pas encore partout en état de grâce et qu'il demeure dans beaucoup de pays plus un objectif à atteindre qu'une réalité. On doit donc logiquement admettre que si la science du droit en général a pu traverser une ère de faiblesse théorique et critique dans la présente moitié du XXème siècle, c'est pour des raisons qui sont, au moins en partie, exogènes à la doctrine. Cette exégèse ne saurait cependant être suffisante.

Le droit international — sensiblement moins élaboré que les disciplines de droit interne — a plus intensément subi que ces dernières l'emprise des forces doctrinales académiques. Cette emprise fluctue toutefois selon les circonstances et les périodes. Le processus n'est pas en d'autres termes linéaire mais cyclothymique. La doctrine a ainsi joué un rôle déterminant lors du surgissement du droit interétatique sous l'impulsion de figures emblématiques comme Vitoria, Suarez, Grotius ou Vattel. Mais la science juridique connaît à partir du XIXème siècle des périodes de flux et de reflux qui tiennent en particulier à la manière différente dont la doctrine a pu elle-même concevoir son rôle : *assurer la consolidation du droit existant* ou *contribuer à son développement progressif.*

Une question préalable s'impose à ce sujet. La doctrine est-elle réellement placée devant une alternative contenant deux propositions antagonistes et entre

(51) Cf. "La responsabilité de la doctrine dans la création du droit", Revue de la Recherche Juridique, 1981-2, p. 181.
(52) Cf. "Travaux de la Commission du Droit International des Nations Unies", A.F.D.I., 1960, p. 636.

lesquelles elle serait mise en demeure de choisir ? Doit-elle séparer avec netteté la *lex lata* et la *lex ferenda*, le droit établi et le droit souhaité ? Les juristes seraient-ils en un mot enfermés dans un dilemme ? Il est permis en vérité de se demander si l'option entre *réalisme* et *idéalisme* est fatale et s'il n'est pas possible de mêler ces deux perspectives qui apparaissent dans l'absolu aussi salvatrices l'une que l'autre. C'est en tout cas la thèse de l'internationaliste polonais Manfred Lachs lorsqu'il déclare en 1962 que le théoricien "doit éviter aussi bien de s'en tenir de façon trop rigide à des principes qui appartiennent au passé que d'anticiper trop vite sur le développement futur" (53). On ne saurait objectivement vouer aux gémonies l'une ou l'autre de ces deux attitudes qui peuvent être alternativement concevables en raison de la conjoncture. On peut ainsi comprendre le Savant qui concentre ses efforts sur l'affermissement du droit dans une période de stabilité. Mais la doctrine ne doit-elle pas extérioriser une ambition juridique novatrice lorsque les circonstances de la vie internationale sont en constante évolution ? N'est-ce pas précisément le cas à l'orée du troisième millénaire où l'on peut diagnostiquer avec Michel Virally ce qu'il est convenu d'appeler "la crise du droit international contemporain" ? L'implosion brutale des démocraties populaires en Europe centrale, les graves séquelles de la crise économique dans les pays industrialisés et la fosse abyssale sans cesse élargie entre États technologiquement avancés du Nord et État en voie de développement du Sud révèlent que nous sommes dans l'une des plus grandes fractures que le monde n'a peut-être jamais connu. Comment dans une telle phase cataclysmique les juristes pourraient-ils figer sur le marbre un droit qui reflète de moins en moins les intérêts de la Communauté internationale ? Une doctrine qui refuse de soumettre ses acquis à la critique et qui est sans options régénératrices dans un tel contexte est assurément une doctrine qui se résigne au déclin (54).

Les forces doctrinales sont-elles au moins conscientes de la nécessité de cet *Aggiornamento* ? La tentation de répondre positivement est grande à la lecture de certaines déclarations. Après avoir affirmé que le "juriste doit faire allégeance au droit", le Britannique Sir Gerald Fitzmaurice précise par exemple "qu'il doit aujourd'hui cette allégeance à un système juridique évolutif et non à un droit pétrifié à un certain stade de son développement". Cette conviction est partagée par le Soviétique Grigory Tunkin pour qui "la science du droit international peut exercer une influence considérable sur son développement à condition de se tourner vers le progrès" (55). C'est aussi le sentiment des tiers-mondistes qui n'ont pas douté — au moins jusqu'en 1989 — de l'inéluctabilité de l'émergence d'un Nouvel ordre économique international. Lors du Colloque sur le droit international et l'héritage de Grotius, organisé à La Haye le 10 Avril 1983 afin de commémorer le quatre-centième anniversaire de la naissance du "Fondateur du droit des gens", M. Eduardo Jimenez de Arrechaga a ainsi félicité le publiciste hollandais "pour l'exemple qu'il donne de la foi dans le droit tel qu'il doit être". À la suite de l'intervention de l'éminent juriste uruguayen, d'autres participants ont invité les Savants à prendre conscience de ce que la société internationale connaît — *aujourd'hui comme en 1625* — un "moment grotien" qui exige un effort doctrinal comparable à celui qui avait valu une notoriété multiséculaire au père du *De jure belli ac pacis* (56). C'est également l'opinion de M. Mohammed Bedjaoui selon laquelle la doctrine doit

(53) Cf. A.C.D.I., 1962, Volume I, p. 9.
(54) On peut ici noter que le "légalisme outrancier" ou "fétichisme légal" de l'École exégétique française - peu critique à l'égard du Code Civil - et son refus de considérer à sa juste valeur la jurisprudence furent dénoncés dès la fin du XIXème siècle comme n'apportant au droit que stagnation et sclérose. C'est pourquoi elle fut supplantée au début du XXème siècle par l'École de la "libre recherche scientifique" du Doyen François Gény.
(55) Auteurs précités : voir respectivement pp. 121 et 116.
(56) Cf. Compte rendu du Colloque *in* A.F.D.I., 1983, pp. 1219-1220.

accepter dans son intégralité l'évidence des bouleversements en cours et ne pas limiter sa modernité à l'art d'accommoder les mots aux circonstances. L'internationaliste algérien spécifie qu'il lui incombe de participer au progrès du droit en se persuadant que sa restructuration n'est pas synonyme de déclin mais d'actualisation avant de conclure sans ambages : "Ce serait donc une étonnante aberration, méthodologique et philosophique, que de considérer tout *changement du droit* comme de l'*anti-droit*" (57). Mais que faire pour juguler l'asthénie doctrinale dans le contexte présent ? Comment combattre le phénomène de déphasage grandissant de l'analyse juridique par rapport aux réalités sociales ?

Il serait assurément présomptueux de proposer une stratégie thérapeutique qui soit la panacée. Quelques suggestions pourront néanmoins être dégagées après avoir constaté la pérennité du clivage entre conservateurs et réformateurs ainsi que le déclin au moins relatif des grands courants de la pensée juridique internationale.

1) Le déclin relatif des grands courants de la pensée juridique internationale

Les internationalistes n'auraient-ils pas intérêt à prendre leur distance à l'égard de conceptions doctrinales trop étroites ? Le clivage entre *jusnaturalisme* et *positivisme* — qui comptent précisément parmi les grands courants de la pensée juridique internationale — ne paraît-il pas lui-même quelque peu obsolescent ? La question en tout cas a été posée dès 1973 par le Professeur américain Mac Dougal qui plaide "en faveur d'une approche anthropologique du droit" après avoir vilipendé aussi bien "les conceptions du courant positiviste que celles des tenants du droit naturel" (58). Cette thèse mérite réflexions.

Le premier courant qui a prévalu à partir du XVIème siècle a été celui de l'École du droit de la nature et des gens *sous la double influence chrétienne et romaine* (59). Ses adeptes soutiennent que les règles juridiques de la société interétatique ne sont que l'expression d'un droit naturel infrangible et œcuménique dont la force obligatoire ne résulte pas de considérations d'ordre historique *mais de sa conformité avec la volonté divine ou avec la raison.* Il faut à l'occasion rendre une nouvelle fois hommage à Grotius qui a réussi à affranchir la science du droit de l'emprise de la théologie en lui donnant une base rationnelle (60). Avec la concrétion des règles coutumières dans la seconde moitié du XVIIIème siècle et le déclin correspondant du droit naturel apparaissent les premiers positivistes dont l'objectif est de décrire le droit en vigueur en faisant fi de son fondement moral.

La question principale est alors la suivante : que reste-t-il aujourd'hui des grandes conceptions doctrinales qui ont accompagné l'histoire du droit international depuis l'aube des Temps Modernes ?

Il est certain que la plupart des internationalistes se rangent toujours sous la bannière du *positivisme* tandis que d'autres se montrent favorables à la "réactivation"

(57) Cf. Pour un nouvel ordre économique international, Éditions de l'U.N.E.S.C.O., 1979, p. 104. Voir par ailleurs Flory (M.), "La quatrième décennie pour le développement. La fin du nouvel ordre économique international ?", A.F.D.I., 1990, pp. 606-613.
(58) Cf. Livre du Centenaire de l'Institut de droit international (1873-1973), Éditions S. Karger S.A., Bâle, 1973, p. 367.
(59) Dans la pléiade des théologiens catholiques espagnols qui ont nimbé de lumière les XVIème et XVIIème siècles, il faut citer le dominicain de Vitoia et le jésuite Suarez. Tous deux ont exercé une influence majeure sur la formation du droit des gens. Les contestations qui entourent la découverte et la conquête des Amériques par l'Espagne donnent ainsi au premier l'opportunité d'exposer dans la *Relectio de Indis* les principes qui doivent régir un ordre juridique international exclusivement composé d'États souverains et égaux. Voir Truyol y Serra (A.) et autres, Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria, Éditions Bruylant, 1988, 129 p.
(60) Cf. Ago (R.) et autres, "Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius", R.C.A.D.I., 1983-IV, pp. 371-469.

du *jusnaturalisme* comme le Japonais Kotaro Tanaka. On constate néanmoins avec M. Luigi Ferrari Bravo le déclin du positivisme juridique sous la forme extrême qu'il avait revêtue tout au long du XIXème siècle. L'internationaliste italien précise que la doctrine positiviste classique, "inspirée de la conception hégélienne de la volonté de l'État, ne correspond plus aux exigences contemporaines" (61). On observe concrètement un passage du positivisme étatiste et volontariste absolu au positivisme sociologique et pragmatique avec les multiples facettes qu'on lui connaît à l'approche du XXIème siècle. Les partisans de l'École marxiste-léniniste — qui s'appuient sur un dogme apparemment nécrosé — analysent pour leur part le jusnaturalisme et le positivisme comme des systèmes idéologiques conformes aux intérêts de la classe bourgeoise dominante dans la mesure où l'un comme l'autre viseraient globalement à la défense du *statu quo*. La remarque ne manque pas de pertinence. Elle a d'ailleurs inspiré les juristes du Tiers Monde qui font valoir pour leur part que l'interprète ne saurait être l'observateur lymphatique de la réalité juridique comme le souhaite le positivisme. Dans leur vision rénovée de la société, ils soulignent que la sécurité puisée dans le respect du droit n'est qu'une utopie pernicieuse et qu'une contre-offensive s'impose afin que soient pris en compte les problèmes fondamentaux auxquels la Communauté internationale est confrontée : développement économique et social, répartition équitable des richesses, transfert de technologies, désarmement général, protection des droits de l'homme. Comment en dernière analyse ne pas acquiescer aux propos lénifiants de M. Charles Rousseau : "L'une des finalités de tout système juridique digne de ce nom est la protection des faibles et ceci vaut dans l'ordre international comme dans l'ordre interne".

Les grands courants de la pensée juridique internationale ne permettent pas à la doctrine académique de jouer pleinement son rôle de "chambre de réflexion". C'est la raison pour laquelle ils sont en déclin au moins relatif. En vérité, derrière le clivage évanescent *positivisme — jusnaturalisme* apparaît toujours présent et bien visible celui qui oppose traditionnellement les internationalistes *conservateurs* et *réformateurs*.

2) *La pérennité du clivage entre les internationalistes conservateurs et réformateurs*

Avoué ou non, le véritable clivage paraît bien être celui qui oppose aujourd'hui le *dogmatisme conservateur* au *pragmatisme réformateur*. Cette division binaire est au demeurant loin d'être révolutionnaire. Le Doyen Georges Ripert enseignait déjà en 1955 : "Un classement simpliste mais exact des forces créatrices du droit distingue deux grandes catégories : les *forces conservatrices* qui essaient de maintenir le droit existant, les *forces réformatrices* qui veulent le modifier ou le transformer. Il y a évidemment des sous-distinctions à faire dans ce classement car il est plusieurs manières de conserver ou de réformer" (62). Une telle dichotomie n'est de surcroît nullement spécifique à la doctrine purement académique. Elle se retrouve pleinement dans la doctrine finalisée à laquelle il paraît opportun de faire ici une première allusion précise.

Elle a ainsi été constatée au sein de la C.D.I. à propos de la codification de la succession d'États aux traités avant qu'un compromis ne soit établi entre progressistes du Tiers Monde et traditionalistes occidentaux (63). Ces derniers avaient ainsi jugé utile d'attacher un intérêt à la pratique des États nouveaux issus de

(61) Cf. "La coutume internationale dans la pratique des États", R.C.A.D.I., 1985-III, pp. 260-261.
(62) Cf. Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 1955, p. 86.
(63) Cf. Meriboute (Z.), La codification de la succession d'États aux traités, P.U.F., 1984, pp. 28-31.

la décolonisation parce qu'elle correspond, selon eux, aux "précédents récents" tout en spécifiant qu'il serait arbitraire de négliger les "précédents anciens" ayant surgi en Europe occidentale ou en Amérique latine avant 1945. M. Roberto Ago souligne ainsi en 1963 que le problème de la succession d'États n'est peut-être pas actuellement si "différent de ce qu'il était à d'autres époques". Les juristes afro-asiatiques ont estimé au contraire qu'il est impératif d'avoir une vision novatrice du droit en tenant compte des récents progrès sociologiques accomplis dans la société internationale. M. Mohammed Bedjaoui précise en 1968 que les précédents passés ne représentent qu'un intérêt mineur pour la solution des problèmes de successions postérieurs à 1945 (64).

Sur un plan très général, il est intéressant de noter que l'affrontement paraît de plus en plus paroxysmique entre gardiens adamantins de l'Orthodoxie et reconstructeurs opiniâtres du Temple. Il est par ailleurs inégal car la balance penche d'emblée en faveur des premiers. C'est dire que la *perestroïka doctrinale* en ce domaine risque d'être longue. La remarque mérite à nouveau réflexions. L'apprentissage du droit donne sans doute aux futurs chercheurs et praticiens des concepts généraux et un vocabulaire technique ainsi qu'une méthode appropriée. Il faut bien avouer cependant que cette maïeutique juridique penche vers un formalisme au demeurant incontournable. Le Professeur Édouard Lambert écrivait à ce sujet en 1926 : "Notre enseignement universitaire a de tout temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur" (65).

La situation a-t-elle beaucoup évolué depuis lors en France comme à l'étranger ? Rien n'est moins certain. La doctrine enseignée est certainement essentielle en tant que moyen de présentation d'une discipline inconnue des étudiants. Il faut pourtant reconnaître que le professeur de droit inflige trop souvent aux futures élites un bachotage indigeste alors qu'elles ont besoin d'apprendre à communiquer et de forger leur personnalité afin d'acquérir une véritable autonomie sur le plan intellectuel. Le maître ne devrait-il pas dès lors reconsidérer la façon dont il envisage sa mission ? N'aurait-il pas intérêt par exemple à insister davantage sur la réflexion critique et l'argumentation prospective plutôt que sur la description systématique des détails qui privilégient les tendances hiératiques ? Une revitalisation pédagogique est paradoxalement suggérée en France depuis des lustres. Mais cette médication — qui implique la transformation du système éducatif — n'a pas encore vraiment été mise en application. C'est dire qu'il est temps encore pour les juristes — toutes disciplines confondues — de réagir.

Les forces doctrinales académiques marquent actuellement le pas lorsqu'elles interviennent en tant que "chambre de réflexion". Leur léthargie est d'autant plus préoccupante qu'elles influencent souvent l'opinion des praticiens. Il est ainsi tout particulièrement lorsqu'elles jouent pour le compte des tribunaux internationaux le rôle éminent de "chambre de consultation".

---

(64) Cf. respectivement A.C.D.I., 1963, Volume I, pp. 206-207 et A.C.D.I., 1968, Volume II, pp. 100-101.

(65) Cf. Lachs (M.), précité, pp. 181-182. M. Bedjaoui fait observer que le droit est par sa nature le produit d'une *dialectique subtile* entre l'innovation et la continuité : "D'une part, il traduit une réalité sociale qui est en mouvement et qu'il est obligé de tenter de rattraper au prix d'un certain décalage ou retard. Il apparaît alors comme un phénomène évolutif. Mais d'autre part, en traduisant des rapports sociaux, il fixe ou stabilise le milieu social dont il est le produit. Il consolide et protège ainsi des acquis. Il refuse donc le changement qui menacerait ces acquis et remplit ainsi une fonction de conservation" (précité, p. 115).

c) La restructuration formelle de la doctrine académique en tant que "chambre de consultation"

La place du règlement juridictionnel des différends interétatiques reste limitée en dépit de l'insuffisance des règles conventionnelles et coutumières. À l'égard d'une jurisprudence internationale décentralisée et pusillanime par rapport à la jurisprudence interne, une triple fonction est traditionnellement assignée à la doctrine. Celle-ci est d'abord un "agent de divulgation" des décisions rendues par les tribunaux qui se caractérisent pas un certain ésotérisme. La science du droit international permet ainsi aux États de s'en prévaloir en assurant leur décryptage. La doctrine joue également un rôle irremplaçable dans la systématisation de la jurisprudence en introduisant la cohérence dans un ensemble de décisions éparses prises au gré des événements. Elle peut enfin contribuer à l'innovation jurisprudentielle par ses appréciations plus ou moins critiques. Les auteurs savent à l'inverse qu'ils peuvent trouver de très utiles éléments de réflexion dans les décisions de justice et certaines constructions doctrinales prennent effectivement appui sur les actes juridictionnels internationaux.

Une attitude apparemment antinomique mérite cependant d'être mise en exergue. On observe en effet une emprise stable et substantielle quoique diffuse de la doctrine académique comme de la doctrine finalisée sur la jurisprudence en même temps qu'un déclin relatif de la citation des écrits doctrinaux purement académiques par les tribunaux internationaux.

1) Le déclin relatif de la citation des forces doctrinales académiques par les tribunaux internationaux

La genèse de l'arbitrage international ne sera pas retracée ici. Il est néanmoins utile de rappeler que cette institution n'exerce encore qu'un pouvoir symbolique sur la formation du droit pendant la période qui va de sa renaissance en 1794 jusqu'au milieu du XIXème siècle. Les rares organes arbitraux accessibles aux États recourent en fait très fréquemment aux théoriciens afin de trouver dans leurs études des points de vue autorisés pour statuer sur les questions de droit qui leur sont soumises. Après avoir déploré "l'incompétence des rédacteurs de sentences" qui "discrédite l'arbitrage auprès des juristes", Albert De Lapradelle et Nicolas Politis précisent que les auteurs ne font pratiquement pas état des décisions de justice alors même que les commissaires se présentent comme d'*inconditionnels thuriféraires* des Savants en n'omettant jamais de les citer : "Grotius, Vattel, Bynkershoek forment, de 1798 à 1855, le fond de leur littérature. Rutherford, Lee, Burlamaqui complètent leur bibliothèque" (66). La doctrine procurait ainsi aux Sages les matériaux essentiels dont ils avaient besoin et exerçait par la même une influence primordiale sur l'évolution du droit international.

Cette période éphémère et à jamais révolue correspond incontestablement à la phase de culmination ou à l'âge d'or de la doctrine académique en tant que chambre de consultation des tribunaux internationaux. La situation a en effet évolué dans le sens du déclin réel dès la fin du XIXème siècle lorsque l'arbitrage rivalise avec les forces doctrinales et acquiert une importance désormais décisive sur l'élaboration des règles internationales non écrites. L'usage consistant pour le juge à citer les écrivains du droit et leurs écrits scientifiques a néanmoins perduré en dépit de l'expansion du corpus jurisprudentiel. Il convient toutefois d'apporter un double correctif à cette affirmation selon que les juridictions sont arbitrales ou judiciaires. Cet usage

(66) Cf. Recueil des Arbitrages Internationaux, Pedone, 1905, Tome I (1798-1855), p. XLVII.

connaît en fait une ère de restructuration spectaculaire pour les secondes et de déclin partiel pour les premières.

La pratique des tribunaux internationaux occasionnels est assurément loin d'être uniforme. Certaines juridictions arbitrales continuent d'égrainer aujourd'hui encore à profusion les opinions des juristes. La sentence au fond rendue le 19 Janvier 1977 par le Professeur René-Jean Dupuy énumère ainsi, dans la célèbre affaire *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen*, une nuée d'auteurs et leurs travaux. L'arbitre unique cite notamment le Suisse Paul Guggenheim ainsi que les travaux de la C.D.I. dans le domaine de la responsabilité internationale des États et l'opinion individuelle du Britannique Sir Gerald Fitzmaurice sous l'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (67). Mais d'autres instances arbitrales se montrent moins prolixes. La sentence rendue le 17 Juillet 1986 dans le différend franco-canadien concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* ne fait par exemple allusion qu'à deux théoriciens du droit dont le Français Gilbert Gidel (68). On doit à l'occasion spécifier que les citations d'auteurs sont toujours enchâssées dans l'exposé des motifs et non dans le dispositif de la décision juridictionnelle qui se présente comme l'épilogue logique de la motivation.

La pratique des tribunaux internationaux permanents se caractérise à l'inverse par une restructuration ostentatoire. C'est d'abord un fait que les deux Cours de La Haye n'ont pas vraiment ressenti le besoin de s'appuyer explicitement sur les œuvres individuelles des Savants pour déterminer le droit bien que l'article 38 de leurs statuts respectifs les autorise à faire état de "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations". Le Britannique Sir Hersch Lauterpacht a ainsi relevé en 1958 que la C.P.J.I. et la C.I.J. n'avaient jamais désigné nominalement les écrivains du droit et leurs travaux personnels (69). Cette remarque est toujours exacte en 1992. Mais une évolution remarquable est toutefois perceptible depuis environ un quart de siècle.

La C.P.J.I. n'a ainsi évoqué les chantres du droit international qu'exceptionnellement et chaque fois en termes nébuleux. En voici quelques exemples. L'arrêt rendu le 17 Août 1923 dans l'affaire du vapeur "Wimbledon" dispose : "Les précédents des Canaux de Suez et de Panama... ne sont... que la manifestation de l'opinion générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels" (série A, n° 1, p. 28). La Cour emploie cependant un style moins elliptique dans l'avis du 6 Décembre 1923 relatif à l'affaire de Jaworzina : "Suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer" (Série B, n° 8, p. 37). Il en est de même dans l'arrêt du 25 Août 1925 qui a mis un point d'orgue au litige concernant *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* : c'est pour la Cour "une question vivement controversée dans la doctrine des auteurs et dans la jurisprudence des principaux États que celle de savoir si la litispendance... peut être invoquée dans les rapports internationaux" (Série A, n° 6, p. 20). La Haute instance internationale évoque encore les Savants dans son avis du 5 Septembre 1931 rendu à propos du *Régime douanier austro-allemand* : elle reconnaît ainsi avoir recherché "les définitions données de l'indépendance des États, soit dans la doctrine, soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des États" (Série A/B, n° 41, p. 45).

(67) Cf. J.D.I., 1977, pp. 350-389 (notamment pp. 352, 356, 360, 361, 362, 368, 371, 372, 376, 378, 381, 382, 384, 385, 386).
(68) Cf. R.G.D.I.P., 1986, pp. 713-786 et tout particulièrement pp. 746 (note 1) et 752 (note 1).
(69) Cf. The Development of International Law by the International Court, Éditions Stevens and Sons Limited, Londres, 1958, p.24.

La C.I.J. a adopté une attitude similaire dans une phase initiale qui se prolonge jusqu'à la fin des années "60". Comme sa devancière, "l'organe judiciaire principal des Nations Unies" ne cite jamais nommément les phénix du droit international. Ses décisions ne font allusion à la doctrine purement académique qu'à de rares occasions et toujours avec la même opacité. Ainsi le révèle par exemple le *dictum* célèbre par lequel la Cour dispose dans son arrêt rendu le 6 Avril 1955 à propos de l'affaire Nottebohm (deuxième phase) : "Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs" (Rec., p. 23).

La pratique ultérieure de la C.I.J. se caractérise par un changement radical d'orientation dans la mesure où elle s'arc-boute ouvertement sur la doctrine finalisée et plus exactement sur la C.D.I. C'est l'arrêt du 20 février 1969 rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* qui contient peut-être les renvois les plus nombreux à ses écrits. La Cour s'y réfère le plus souvent pour réfuter la thèse commune au Danemark et aux Pays-Bas contre la R.F.A. selon laquelle la délimitation du plateau continental entre États limitrophes impose l'emploi du "principe de l'équidistance" (Rec., pp. 33-36, 38, 51). *La Cour n'hésite pas au besoin à prêter attention aux projets de la Commission avant même qu'ils ne soient pris en considération par les États dans un traité codificateur.* Certaines dispositions de son projet d'articles sur la question des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales ont ainsi été utilisées par la C.I.J. dans l'avis consultatif du 20 Décembre 1980 sur *l'Interprétation de l'accord du 25 Mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Égypte* (Rec., pp. 92 et 94-96). Le juge de La Haye fait encore état des "documents de la Commission du droit international et des autres travaux préparatoires de la convention sur le plateau continental signée à Genève en 1958" dans l'arrêt qui ponctue le 24 Février 1982 l'affaire du *Plateau continental Tunisie-Libye* (Rec., p. 45). M. Roberto Ago souligne, pour sa part, que la Cour s'est appuyée dans la décennie "80" sur les conclusions établies par la C.D.I. sur deux aspects essentiels de la question de la responsabilité internationale des États en utilisant parfois des expressions presque identiques. Le juriste italien précise qu'elle l'a fait à propos de la détermination des comportements humains susceptibles d'être attribués à l'État en tant que faits internationalement illicites de ce dernier et au sujet de la définition des circonstances qui peuvent être exceptionnellement retenues comme causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État dans une situation déterminée. Il faut ici citer tour à tour les arrêts du 24 Mai 1980 et du 27 Juin 1986 rendus respectivement dans les affaires relatives au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Rec., pp. 30-33 et 36-40) et aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec., p. 100).

Un enseignement synthétique peut être formulé à la suite de ces paradigmes au demeurant non limitatifs. En tant que *corps organisé* "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations", la Commission du droit international des Nations Unies apparaît bien aujourd'hui comme l'un des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit le plus dynamique de la Cour internationale de justice de La Haye au sens de l'article 38 de son Statut (70). Il ne saurait cependant y avoir de surprise

(70) Cf. Villiger (M.E.), Customary International Law and Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, 1978, p. 78. On peut de surcroît faire une remarque analogue à propos de la pratique de certaines juridictions arbitrales. Le droit sur la responsabilité des États - en cours de codification par la Commission du droit international - a ainsi été abondamment utilisé dans la sentence du 30 Avril 1990 qui constitue l'épilogue du différend ayant opposé la Nouvelle-Zélande et la France à propos de

en ce domaine. La synergie directe entre les travaux de la Commission et ceux de la Cour s'explique par le fait que ces deux organismes officiels sont plus précisément des organes intégrés relevant d'une même institution qui est l'Organisation des Nations Unies tandis que leurs membres, pour la plupart illustres, poursuivent en toute indépendance un même objectif qui est "le progrès du droit international" (71).

Une telle péroraison ne saurait pour autant occulter l'emprise traditionnelle et bien tangible de l'ensemble des forces doctrinales sur les tribunaux internationaux.

2) La pérennité de l'emprise de l'ensemble des forces doctrinales sur les tribunaux internationaux

Le fait que la Cour de La Haye ne cite jamais les noms des Savants dont les opinions ont servi de base à ses décisions alors même qu'elle fait de plus en plus souvent référence aux travaux de la C.D.I. ne saurait être interprété comme le signe prodromique ou la preuve d'un quelconque reflux ou déclin de la doctrine académique au profit de la doctrine finalisée. La façon d'agir de la C.I.J. repose à vrai dire sur de solides arguments.

C'est d'abord une évidence qu'il y a ordinairement des théoriciens qui ont une opinion rebelle par rapport à celle des Savants qui expriment les vues que la Cour a fait siennes. Ne faire référence qu'aux seconds et passer sous silence les premiers pourrait donner une impression fâcheuse de partialité. N'est-il pas au demeurant malaisé aujourd'hui d'énumérer les différentes "colonnes du Temple" sans froisser les susceptibilités ? Le Professeur Philip C. Jessup précise que "la Cour hésite naturellement à citer des personnes privées ou des juridictions nationales de peur de paraître avoir des préjugés ou des préférences" (72). La rareté des apostilles aux œuvres de la doctrine académique est aussi légitimée par un "souci de prudence". Charles De Visscher souligne à ce sujet : "La Cour est attentive à ne pas introduire dans ses décisions des éléments dont le caractère hétérogène pourrait échapper à sa vigilance" (73). Un autre fondement peut encore être allégué pour expliquer la prétérition du nom des auteurs dans les actes juridictionnels internationaux. Ces actes doivent logiquement être rédigés avec concision. C'est dire que les juges ne doivent pas les alourdir par un recensement fastidieux de toutes les opinions recueillies dans la littérature du droit au moment où est constatée une dissémination toujours plus grande des forces doctrinales. Une dernière justification à l'omission du nom des auteurs réside dans le fait que les Sages qui siègent parfois pendant longtemps à la Haute Assemblée du Palais de la Paix ont souvent eux-mêmes publié de doctes études et la Cour s'efforce d'éviter le renvoi aux travaux de ses propres membres dont la façon de voir sur certains points pourrait parfois être incompatible avec l'opinion émise par la majorité des juges.

Comment en dernier ressort ne pas partager le point de vue de Max Sorensen ? L'internationaliste danois déclare en effet : "Un tribunal international, soucieux de son autorité et de son prestige qui dépendent largement du degré

---

l'affaire du *Rainbow Warrior*. Voir R.G.D.I.P., 1990, pp. 838-878 (notamment pp. 848, 850, 852, 853, 854, 865, 871, 872, 875).

(71) Ces deux organes *onusiens* sont enfin principalement composés de juristes des pays décolonisés en raison de leur mode de recrutement qui implique dans chacun d'eux "une représentation géographique équilibrée" des différentes régions du monde.

(72) Cf. Annuaire de l'Institut de droit international, Session d'Helsinki, 1985, Volume 61, Tome I, p. 253.

(73) Cité par le juge Shahabuddeen dans son opinion individuelle sous l'avis rendu par la C.I.J. le 15 Décembre 1989 à propos de l'affaire relative à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* (Rec., p. 220).

d'impartialité et d'objectivité dont il parvient à faire preuve, éprouve tout naturellement certains scrupules à s'appuyer ouvertement sur la doctrine" (74).

L'exérèse du nom des Savants dans les actes juridictionnels ne signifie donc nullement que les tribunaux judiciaires aient cessé de les consulter ou que la doctrine académique ne joue plus aucun rôle aujourd'hui dans l'élaboration de la jurisprudence internationale. M. Serge Sur fait observer avec à-propos qu'on ne saurait de toute façon limiter l'influence des auteurs "aux seules mentions expresses dans la mesure où l'exercice intellectuel de la motivation présente certains rapprochements avec l'approche doctrinale" (75). N'est-il pas enfin possible d'établir l'autorité effective de l'ensemble des forces doctrinales sur le contenu des décisions juridictionnelles internationales ?

Jurisprudence et doctrine assument sans doute chacune de leur côté une mission qui a ses fins et ses exigences spécifiques. Il incombe au Sage de dire le droit à travers des cas d'espèce. Il revient au Savant d'agencer les solutions particulières en un tout organisé. C'est néanmoins une évidence qu'il n'y a jamais eu de divergences profondes ou de conflictualités endémiques entre l'École et le Palais lorsqu'on établit le bilan de leurs rapports mutuels à partir de la seconde moitié du XIXème siècle. L'une et l'autre ont même noué dans le passé des liens très étroits et elles continuent encore de nos jours d'agir de conserve dans la plupart des cas. Le Sage a assurément besoin du Savant comme le Savant a besoin du Sage. Quel est alors le fondement de cette pérenne et idyllique complicité ? Un élément de réponse pourrait être le suivant.

Arbitres et juges sont généralement des écrivains éminents du droit international avant d'être des magistrats émérites. Ne comptent-ils pas eux-mêmes pour la plupart au nombre "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" ? Ce dédoublement fonctionnel n'est pas au reste déconcertant puisqu'il est expressément prévu par le Statut de la Cour de La Haye. Son article 2 dispose que ses membres forment "un corps de magistrats indépendants" réunissant les conditions requises pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires dans leurs pays respectifs "ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international". La plupart des juges sont donc, au moment de leur élection, des personnalités ayant derrière elles une œuvre littéraire brillante en matière de droit international. Nombre d'entre eux sont sans conteste choisis en raison de leur notoriété doctrinale. L'article 16 du Statut de la Cour spécifie sans doute que les juges ne peuvent se "livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel". Mais il ne leur interdit nullement de poursuivre leurs recherches une fois élus. La publication de travaux de droit international n'est pas en d'autres termes incompatible avec la qualité de magistrat. Comment dès lors les "publicistes les plus qualifiés" qui intègrent la Cour — ou n'importe quelle autre instance arbitrale ou judiciaire — pourraient-ils faire entièrement abstraction de leur propres conceptions ou de l'école de pensée à laquelle ils appartiennent dans la motivation de leurs décisions ? Autant dire que le dialogue engagé par les écrivains du droit dans leurs écrits scientifiques a toute chance de se poursuivre au sein des tribunaux internationaux. On peut enfin faire remarquer avec M. Jean Combacau qu'il existe une étroite coopération de la *fonction doctrinale* et de la *fonction juridictionnelle* à la réalisation d'une œuvre commune dans la société internationale (76) :

(74) Précité, p. 188.
(75) Cf. Sources du droit international. La coutume, J.D.I., Fascicule 13, 1989, p. 16.
(76) Cf. "Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public", Travaux de l'Association Henri Capitant (journées italiennes de Florence), Économica, 1982, Tome XXXI, p. 403.

"Beaucoup d'auteurs sont profondément imprégnés de l'idée que le "progrès du droit international" se mesure non seulement à l'amélioration du degré de précision de ses règles, mais encore et surtout à l'extension de leur domaine aux dépens de l'autonomie des États, du caractère exclusif de leur compétence et de la nature discrétionnaire de leur pouvoir. Cette vision dynamique du droit international apparaît avec netteté chez un grand nombre d'auteurs de droit international général... Comment dès lors n'irait-elle pas à la rencontre de cette part de la jurisprudence qui... pose des règles limitant l'autonomie des États ?"

On s'est parfois demandé "avec quelques regrets" si le Sage — surchargé d'affaires dans l'ordre juridique interne — avait de nos jours le temps de prêter le même intérêt que jadis aux œuvres doctrinales. Le problème se pose en termes spécifiques dans l'ordre juridique international où les magistrats sont beaucoup moins sollicités. C'est un fait que les États éprouvent encore de sérieuses réticences à l'égard de la "juridictionnalisation" des litiges. Il est par suite rationnel de penser que le juge international commencera toujours par consulter la littérature juridique, chaque fois que faire se peut, avant de trancher le différend qui lui est soumis. La doctrine peut ainsi lui rendre de précieux services en le faisant bénéficier de recherches scientifiques indépendantes et approfondies qu'un praticien — si éminent soit-il — n'a pas toujours le temps d'effectuer au moment opportun. Le Professeur Jean-Pierre François souligne qu'à plusieurs reprises "des théories défendues dans la littérature, mais pas nécessairement adoptées comme telles par la communauté des États, avaient été acceptées par la jurisprudence qui les avait prises comme base de ses décisions" (77). Le Président Manfred Lachs corrobore en connaissance de cause cette analyse par une formule laconique : "Il n'est point rare que la doctrine que constituent les "enseignements" guide les tribunaux dans leurs jugements" (78).

Il serait cependant utile d'être plus explicite à ce sujet. On sait que la doctrine n'est pas une source formelle du droit. Quelle que soit son autorité, un point de vue doctrinal n'est ni nécessaire ni suffisant pour fonder une décision juridictionnelle. Un tribunal international n'est donc jamais obligé de statuer comme elle : il a la possibilité de la prendre en considération sans en avoir l'obligation. Une opinion doctrinale a néanmoins vocation à devenir du droit international dans certaines circonstances. La doctrine est plus concrètement un mobile de décision parmi d'autres auquel le Sage accordera plus au moins de crédit en fonction de la conjoncture : plus à une doctrine récente qu'à une doctrine ancienne et davantage à une expression doctrinale générale ou collective qu'à un point de vue isolé ou marginal.

Les exemples précédemment dénombrés dans le cadre des Cours de la Haye confirment dans l'ensemble cette tendance bien qu'elle ne corresponde pas à un principe ayant valeur absolue. Plus précisément, des forces doctrinales mêmes unanimes ne peuvent jamais engendrer des règles coutumières liant les juges par leur seule réitération. On peut citer ici un cas exemplaire. Dans son avis consultatif du 8 juin 1960 relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'O.M.C.I.*, la Cour a ainsi été conduite à préférer "le critère du tonnage immatriculé" en raison de son caractère "pratique" pour classer "les pays qui possèdent les flottes de commerce

(77) Cf. "L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international", Mél. Gidel, 1961, pp. 279-280.

(78) Précité, p. 192. Il existe en fait une interaction constante entre la Commission du droit international et la Cour internationale de justice. La C.D.I. influence ainsi la C.I.J. Mais celle-ci interagit sur celle-là. En reconnaissant par exemple le droit de passage dans la mer territoriale, la Commission admet expressément avoir consacré une règle posée par la Cour dans son arrêt rendu le 9 Avril 1949 à propos de l'affaire du *détroit de Corfou* (voir article 16 de son avant-projet d'articles de 1956 *in* A.C.D.I., 1956, II, pp. 272-277). Il y a cependant des limites ou des butoirs. Comme l'ensemble des forces doctrinales purement académiques, la C.D.I. n'a pas hésité à stigmatiser l'arrêt rendu par la C.P.J.I. le 7 septembre 1927 dans l'affaire du "Lotus" (A.C.D.I., 1956, II, p. 281).

les plus importantes" à celui du "lien substantiel" entre le navire et l'État pourtant proposé par une doctrine quasi commune et constante (Rec., pp. 169-171). Le Doyen Claude-Albert Colliard constate que la doctrine académique n'a pas tardé à exprimer sa surprise et sa déception dès lors que ses différentes forces composantes font depuis longtemps *chorus* "contre la pratique des pavillons de complaisance" (79).

Il ressort néanmoins de l'analyse de la pratique des Cours de La Haye que celles-ci n'ont pas négligé la doctrine académique et qu'elles l'ont bien envisagée comme ce qu'elle a toujours été dans l'ordre juridique international. Elles l'ont plus exactement considérée comme un vrai "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" que les Sages utilisent volontiers dans l'exercice de leur mission lorsque les sources principales que sont notamment les traités et les coutumes manquent de clarté sans pour autant le placer sous les feux des projecteurs et sans lui conférer une autorité indépendante de leurs propres décisions. Il faut en outre spécifier que les tribunaux internationaux utilisent parfois les constructions doctrinales tout en refusant généralement de se laisser enfermer dans des théories trop quintessenciées. Il ne faut donc pas surestimer ou *maximiser* l'apport de la doctrine à la formation des règles de droit aussi bien dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes contemporains. Mais il serait à l'inverse irréaliste de le nier ou même de le *minimiser* au motif qu'il n'est pas courant que les États souverains ou les juridictions internationales permanentes désignent leurs sources d'inspiration et qu'il est rare qu'une règle de droit conventionnelle ou une décision judiciaire internationale reprennent textuellement un élément du corpus doctrinal purement académique.

Au terme de ces développements, la conclusion pourrait être empruntée à M. Jean-Luc Aubert. L'éminent privatiste français déclare en effet : "Si le résultat recherché en priorité par les auteurs est, assurément, de convaincre — ce qui se produit incontestablement quelquefois — il est aussi, et peut-être surtout, de susciter et nourrir la réflexion. Il est permis de penser que cette deuxième fin est beaucoup plus souvent atteinte et que cela fournit à la doctrine une raison d'être tout à fait suffisante" (80).

Cette opinion avisée et plutôt rassérénante est partiellement "transportable" dans l'ordre juridique international dès lors qu'elle peut s'appliquer à la doctrine académique qui s'identifie à la "théorie du droit" et qui est entrée dans une phase de redéploiement ou de restructuration tous azimuts après avoir connu tour à tour une période de flux durable et de reflux au demeurant tout relatif. La dite opinion est toutefois fragmentaire dans la mesure où elle semble ignorer l'existence d'une doctrine d'action ou doctrine finalisée qui relève plutôt de la "pratique du droit". Cette branche de la doctrine, spécifique au milieu interétatique contemporain, a déjà connu malgré sa relative juvénilité de nombreux avatars qui devraient l'inciter à se remettre en cause et à envisager à son tour un inévitable redéploiement ou restructuration afin de maintenir — dans certains cas — et de renforcer — dans d'autres — son emprise sur les multiples centres décisionnels internationaux (II).

(79) Cf. critique de l'avis *in* A.F.D.I., 1960, pp. 338-361 et opinion dissidente du juge Moreno Quintana *in* Rec., pp. 177-178.
(80) Cf. Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Éditions Armand Collin, 1984, p. 173.

- II -
LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION PRÉVISIBLE DE LA DOCTRINE FINALISÉE

Voici une donnée de base qu'il convient d'emblée de rappeler : la doctrine académique n'est pas toute la doctrine. Pour être exhaustif, il faut encore faire état de l'existence d'une doctrine finalisée. C'est dire que les internationalistes ne comprennent pas uniquement des théoriciens exclusivement préoccupés de connaissances abstraites et spéculatives. Ils englobent aussi des praticiens qui sont parfois très proches des centres de décision tout en étant indépendants en raison de leur statut et qui exercent une influence d'autant plus grande qu'ils comptent souvent eux-mêmes au nombre "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" dont l'ensemble constitue — quelle que soit par ailleurs leur tendance ou leur courant de pensée — une sorte de *Nomenklatura* de juristes de renom ou encore de Temple hypostyle.

Cette doctrine spécialisée a surgi au XIXème siècle. Après avoir connu une phase d'épanouissement rapide bien que diffuse, elle est également entrée depuis deux ou trois décennies dans une phase de déclin partiel qui devrait l'inciter à envisager sa restructuration. On ne saurait cependant être trop catégorique.

La restructuration en question se pose en effet en des termes bien distincts selon que la doctrine finalisée est engagée dans des procédures spécifiques de nature diplomatique (C), normative (B) ou contentieuse (A).

A) LA RESTRUCTURATION FORMELLE DE LA DOCTRINE FINALISÉE ENGAGÉE DANS DES PROCÉDURES DE NATURE CONTENTIEUSE

Avant de mettre l'accent sur sa métamorphose — essentiellement au niveau de ses moyens d'expression — ainsi que sur son influence croissante et son interaction quasi constante avec la doctrine académique en vue d'assurer le "progrès du droit international", il importe, dès à présent, de résoudre la question de l'identification d'une branche particulièrement dynamique de la doctrine finalisée.

a) L'identification de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse

Nous retiendrons sans trop d'hésitation, dans cette étude, le cas des magistrats des tribunaux internationaux lorsqu'ils rédigent des opinions séparées. Seront en revanche écartés, pour des raisons au demeurant diamétralement opposées, le cas singulier des avocats généraux près la Cour de justice des communautés européennes et, en tout premier lieu, celui plus classique des avocats internationaux.

Cette dernière éviction ne manque pas *a priori* d'étonner pour les raisons suivantes. Il faut d'abord savoir que ce qu'on nomme la jurisprudence est beaucoup moins l'œuvre intellectuelle des juges que celle des avocats internationaux. Ce sont eux en effet qui élaborent dans leurs mémoires des constructions juridiques originales ou contribuent directement à l'interprétation des règles de droit par le Sage. Le rôle de ce dernier se ramène souvent par ailleurs à choisir entre les thèses proposées par les membres de ce que l'on pourrait appeler le "barreau international" et qui sont généralement recrutés parmi "les publicistes les plus qualifiés". Les questions principales sont dès lors les suivantes. Les maîtres du droit international qui se font parfois les avocats des thèses défendues par leurs gouvernements dans les litiges interétatiques font-ils œuvre doctrinale ? Ne quittent-ils pas le domaine de la recherche désintéressée et objective pour s'égarer dans des plaidoyers partisans et

subjectifs ? Que faut-il penser en un mot de ces praticiens du droit qui se trouvent étroitement impliqués dans l'activité des juridictions internationales ? La doctrine dominante des internationalistes s'abstient d'assimiler leurs activités engagées à des œuvres doctrinales. Elle refuse de les considérer comme d'authentiques travaux scientifiques cherchant à constater aussi exactement que possible l'état du droit. Il est certain que les plaidoiries sont essentiellement des compositions orientées plutôt destinées à persuader le juge ou à défendre une Partie à un litige que de présenter le droit objectif. On ne saurait cependant être trop systématique. Comme les avis des jurisconsultes qui conseillent les gouvernements, mémoires et plaidoyers des avocats-conseils qui défendent les États devant les juridictions internationales peuvent être partiellement intégrés à la doctrine finalisée lorsque des juristes de renom expriment en leur âme et conscience l'état du droit international. Le *limes* entre *œuvres juridiques indépendantes* et *œuvres juridiques partisanes* n'est manifestement pas toujours facile à déterminer. Le Président Manfred Lachs a pour sa part rendu hommage à ces auxiliaires incontournables de la justice internationale que sont les avocats en reconnaissant que "leurs plaidoyers, une fois imprimés, demeurent une source appréciable d'arguments et de raisonnements juridiques à laquelle les chercheurs et les praticiens recourent fréquemment".

Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes pour une institution que l'on doit indiscutablement et entièrement rattacher à la doctrine finalisée et qui n'a pas son équivalent devant d'autres juridictions internationales. Il s'agit des avocats généraux de la Cour de justice des communautés européennes qui agissent en "consultants privilégiés" et non en juges : ils ont pour mission de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées dans chaque affaire contentieuse soumise à la Haute juridiction (81). À cet égard , ils sont dans une position analogue à celle des commissaires du gouvernement près les juridictions administratives françaises dont les conclusions apparaissent comme l'archétype de la dissertation doctrinale. Les avocats généraux sont en principe choisis, comme les juges, parmi les juristes possédant des compétences notoires dans leurs pays respectifs. Leurs qualités intellectuelles confèrent dès lors une grande notoriété à leurs écrits qui jouent un rôle essentiel dans la formation du droit communautaire et l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg (82). Cette branche atypique de la doctrine finalisée engagée dans des procdures de nature contentieuse sera néanmoins écartée de la présente étude dans la mesure où le droit communautaire européen peut être assimilé à un droit interne *sui generis* en formation face au droit international public général.

Reste donc le cas des magistrats des tribunaux internationaux dont la situation est ambivalente. Les juges se rattachent en effet à la doctrine académique au même titre que les universitaires lorsqu'ils écrivent ou enseignent le droit en dehors de leurs fonctions officielles. Mais ils incarnent aussi la doctrine finalisée lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une action contentieuse au sens large du terme. Les opinions séparées émises en toute impartialité par les membres qualifiés des juridictions internationales sont incontestablement des productions doctrinales spécialisées et plus ou moins critiques. Celles qui sont rédigées par les juges à la suite des décisions de la Cour de La Haye constituent notamment des exposés doctrinaux particulièrement enrichissants dès lors qu'elles assurent, dans chaque cas, une information à la fois complète et contradictoire (83). Leur contenu est d'un

(81) La Cour de Luxembourg ne connaît pas en revanche le système juridique des opinions séparées "annexées" aux décisions de la Cour de La Haye.
(82) Cf. Cartou (L.), Communautés européennes, Dalloz, 1991, p. 240.
(83) Cette pratique existe également devant certains tribunaux arbitraux et à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg.

intérêt d'autant plus vif qu'elles permettent généralement au Sage dûment informé de présenter librement à propos de toute affaire tranchée par la Cour la solution qui lui paraît la plus conforme au droit et non de fonder la thèse de l'État qui perd un procès comme il a été parfois soutenu. Il est intéressant de se référer pour exemple à l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* ayant opposé le Canada aux États-Unis. Citant au passage les travaux de la Commission du droit international en matière de délimitation du plateau continental (Rec., p. 313), la Chambre de la Cour comprenait cinq magistrats. Le juge canadien et le juge américain ont été parmi les quatre Sages ayant voté l'arrêt du 12 Octobre 1984 tandis que le juge dissident était en l'espèce de nationalité française (M. André Gros).

Que penser néanmoins des juges *ad hoc* ou des arbitres dont certains rédigent effectivement des opinions dissidentes dans lesquelles il apparaît qu'ils soutiennent l'argumentation des États qui les ont désignés ? Ces magistrats n'en font pas moins œuvre doctrinale dès lors qu'il est pratiquement impossible de prouver qu'il n'ont pas exercé leurs attributions "en pleine impartialité et en toute conscience" comme l'exige notamment et formellement l'article 20 du Statut de la C.I.J. Faut-il par ailleurs insister sur le fait que les juges *ad hoc* et les arbitres sont pleinement des magistrats devant exercer leurs attributions en toute indépendance et en aucun cas les avocats des gouvernements qui les ont choisis ? Il est dès lors utile d'apprécier sur le plan scientifique les motifs qui ont déterminé *tous* les magistrats : ceux de la majorité comme ceux de la minorité. Il est notamment aisé de se référer aux opinions séparées des juges de la C.I.J. car elles sont publiées *in extenso* dans le Recueil officiel des décisions de cette Haute juridiction.

Tout en respectant le principe du secret du délibéré et conformément à un usage suivi dans les ordres juridiques des pays de *common law*, l'article 57 du Statut de la Cour de La Haye et l'article 95 de son Règlement permettent plus précisément à "tout juge" qui "le désire" de joindre à l'arrêt, "l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente" (84). La même règle vaut également pour les avis et les ordonnances. Il n'y a donc pas lieu d'établir ici une différenciation symptomatique entre compétence contentieuse et compétence consultative de la Cour. Il est en revanche utile de distinguer ces deux catégories de philippiques doctrinales (qui peuvent parfois exprimer le point de vue de plusieurs juges). L'opinion individuelle désigne la position d'un juge de la majorité qui accepte le dispositif de la décision du tribunal mais refuse en partie ou en totalité son exposé des motifs. L'opinion dissidente émane au contraire d'un juge de la minorité qui expose à la fois son opposition au dispositif de la décision et "les motifs sur lesquels il fonde son dissentiment" (85). Mais là s'arrête l'antagonisme entre ces deux variétés d'opinions séparées. Les unes et les autres ne font juridiquement pas partie de la décision juridictionnelle. Elles n'en n'ont d'ailleurs ni la forme ni l'autorité. Autant dire qu'aucune d'entre elles n'est en mesure de contrecarrer sa force juridique. Les opinions dissidentes font cependant l'objet d'un intérêt plus vif que les opinions individuelles de la part de la doctrine purement académique et de la Cour elle-même en raison de la sagacité de leurs remontrances. Cette clarification étant faite, l'accent doit être mis sur le flux de cette branche de la doctrine finalisée aujourd'hui entrée dans son âge d'or.

(84) C'est dire *a contrario* que les juges minoritaires de la C.I.J. ne sont pas dans l'obligation de joindre aux décisions de justice l'exposé de leurs opinions séparées. Leur position contraste avec celle des avocats généraux près la C.J.C.E. dont les conclusions, bien que nullement contraignantes pour cette juridiction, doivent être considérées comme des oeuvres doctrinales *obligatoirement* et *préalablement* rédigées.

(85) Cf. Dubisson (M.), La Cour Internationale de Justice, L.G.D.J., 1964, pp. 244-245.

b) Le flux de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse

Le Président Manfred Lachs regrette que les opinions séparées se soient "accrues en nombre et en dimension au point de prêter quelquefois le flanc à la critique". L'essor de cette branche active de la doctrine finalisée s'est en fait manifesté il y a plus d'une trentaine d'années et c'est précisément le Britannique Sir Hersch Lauterpacht qui a inauguré la pratique des longues opinions séparées lorsqu'il a commencé sa carrière de juge à la C.I.J. en 1955. Cette tendance s'est par la suite considérablement amplifiée. Sous l'arrêt rendu par la Cour le 27 Juin 1986 (décision au fond) dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le juge américain Stephen Schwebel a ainsi rédigé une opinion dissidente de 268 pages — record absolu — qui apporte à l'occasion un éclairage intéressant sur plusieurs points de droit international et notamment sur le principe de la légitime défense ou la théorie des *clean hands* (Rec., pp. 259-527). Exceptionnelles sont en fait les décisions de la Cour de La Haye qui ne renferment pas au moins l'exposé d'une opinion individuelle ou dissidente. Il n'y a eu par exemple aucune opinion séparée dans l'affaire Nottebohm qui a donné lieu à un arrêt du 18 Novembre 1953 (exceptions préliminaires) si l'on veut bien faire abstraction d'une courte déclaration du juge Klaestad. Nombre d'ordonnances sont en revanche édictées à l'unanimité des juges présents et votants. La pratique des opinions séparées semble par ailleurs moins répandue devant les tribunaux arbitraux qu'au sein de la C.I.J. Ce contraste peut s'expliquer par le fait que les Sages des juridictions occasionnelles sont en principe beaucoup moins nombreux que ceux qui siègent à la Cour de La Haye. Ainsi, aucune opinion séparée n'a été observée à la suite de la sentence arbitrale rendue le 14 Février 1985 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*. La décision fut en effet adoptée à l'unanimité des trois membres composant la juridiction (MM. Lachs, Bedjaoui, Mbaye).

La prolifération des opinions individuelles et dissidentes au sein de la C.I.J. repose en vérité sur un triple fondement. D'emblée, un premier constat s'impose : la formation juridique des magistrats est beaucoup moins homogène aujourd'hui qu'autrefois. La floraison des opinions séparées s'est produite dès la fin des années "50" lors de l'émancipation des pays du Tiers Monde. Elle s'explique plus exactement par le fait que les membres de la Cour de La Haye doivent assurer autant que possible "la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde" (article 9 du Statut). La Cour a dû en outre examiner des questions relatives à des matières pour lesquelles le droit international est dans une phase d'élaboration ou de rénovation. Il en est ainsi dans le domaine des organisations internationales, de la délimitation de certains espaces maritimes ou encore de la responsabilité internationale des États. C'est surtout sur des problèmes de ce type que les opinions séparées sont les plus nombreuses et souvent les plus enrichissantes. C'est aussi à leur égard qu'on observe l'abîme le plus profond entre la position des juges dits "conservateurs" et celle de ceux que l'on peut qualifier de "réformateurs". Il est vrai enfin que la plupart des Sages qui siègent au Palais de la Paix se montrent pleinement conscients de la mission qu'a la Cour de dire le droit et d'en faciliter l'évolution.

Mais qui sont ces juges enclins à faire œuvre de caractère doctrinal au sein de la Cour de La Haye ? S'il est *a priori* difficile de donner une réponse catégorique à une telle interrogation, il est néanmoins utile de se reporter aux travaux de Mme Michèle Sicart-Bozec. L'auteur observe une évolution qui permet de comprendre pourquoi les États du Tiers Monde manifestent une tendance plus sereine aujourd'hui

que par le passé à l'égard du contrôle judiciaire international (86). Dans une première phase qui commence avec les années "50", il apparaît que ce sont surtout les juges du Tiers Monde qui reprennent dans leurs opinions dissidentes en les "juridicisant" les revendications politiques, économiques et sociales des pays décolonisés. Dans une seconde période, "postérieure à 1966", ces juges passent ensuite graduellement dans la majorité en insérant leurs conceptions nouvelles du droit dans leurs opinions individuelles et le dispositif de l'arrêt et non plus dans leurs opinions dissidentes. Un véritable parcours croisé se produit enfin durant la décennie "70" dans la mesure où ce sont surtout les Sages des pays industrialisés qui deviennent dissidents et ceux des États nouveaux qui forment le plus souvent la majorité. Serait-il hasardeux de dire de manière schématique que les premiers font désormais plutôt œuvre doctrinale par leur vitupération et les seconds plutôt œuvre jurisprudentielle ? Encore convient-il d'ajouter que la restructuration en ce sens de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse est loin d'être erratique. Elle s'est même fortement amplifiée au cours de la décennie "80".

L'expansion des opinions séparées ne fait pas l'unanimité parmi les internationalistes des pays de *civil law*. Les appréciations négatives adressées à l'encontre de cette institution d'origine anglo-saxonne reposent sur l'idée qu'elle est de nature à affaiblir l'autorité des tribunaux internationaux. Mme Marie-Françoise Labouz fustige par exemple leur *fréquence* et leur *longueur* en précisant "qu'elles sont souvent prétexte pour un juge en mal d'enseignement à faire un cours de droit international" (87). Que faut-il en penser ? Il est certes impératif que les opinions séparées soient rédigées en termes pondérés et surtout avec concision. C'est dire, en d'autres termes, qu'une nouvelle restructuration d'ordre formel s'impose pour compenser la perte de crédit liée à une pratique jugée parfois abusive par une partie de la doctrine académique. Mais une telle réorientation ne passe-t-elle pas tout simplement par une autodiscipline de la part des Sages du Palais de la Paix ? Les vices du système ne sauraient en toute hypothèse éclipser ses atouts. Les opinions dissidentes et à un moindre degré les opinions individuelles ont une valeur indéniable pour la connaissance du droit international dès lors que leurs auteurs sont assurément les "publicistes les plus qualifiés" pour dégager ce qu'ils pensent être le droit applicable dans une affaire déterminée après avoir participé à toutes les délibérations de la Haute instance internationale. L'apport doctrinal des opinions séparées ne fait en tout cas guère de doute pour le Président Manfred Lachs : "Étant donné le faible nombre d'arrêts rendus et le nombre infime de ceux qui portent sur un point ou un aspect spécifique du droit, la science juridique s'enrichit nécessairement de ce que le juge, considéré individuellement, puisse partager ses judicieuses pensées avec la communauté juridique" (88).

En participant à la recherche du droit et en affermissant ou en incurvant suivant le cas l'orientation prise par la majorité du tribunal dans ses décisions, les opinions séparées peuvent concourir par ailleurs à la formation de règles jurisprudentielles plus appropriées. Leur rôle d'impulsion sur l'évolution du droit s'exerce plus précisément comme des précédents de nature à influer sur les décisions juridictionnelles ultérieures. Dans une étude remarquée, M. Ijaz Hussain confirme, pour sa part, que "le système des opinions individuelles et dissidentes est une condition essentielle au bon fonctionnement de la Cour" (89).

(86) Cf. Les juges du Tiers Monde à la Cour Internationale de Justice, Économica, 1986, p. 304.
(87) Cf. Le système communautaire européen, Berger-Levrault, 1986, p. 164.
(88) Précité, p. 209.
(89) Cf. Dissenting and separate opinions at the World Court, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 266.

La valeur formatrice des opinions séparées dépend sans doute de la notoriété de leurs auteurs. Aucune ne laisse cependant vraiment impassible. Mais comment s'en étonner quand on sait que ces propositions doctrinales finalisées émanent généralement "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" ? Ne faudrait-il pas ici rappeler comme prototype l'œuvre du juge Alejandro Alvarez qui est à l'origine d'un concept inédit — le "droit international nouveau" — dont il a exposé les principes à maintes reprises dans ses opinions séparées ? On peut notamment citer son opinion individuelle sous l'avis donné le 28 Mai 1948 par la C.I.J. dans l'affaire des *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies* (Rec., pp. 67-72). Edvard Hambro lui a rendu hommage en soulignant que le Sage avait en son temps inspiré la Cour de La Haye et sa philosophie et que des "idées comme la solidarité internationale et l'interdépendance des peuples sont plus profondément enracinées dans le monde actuel à cause de son travail". Dans ses opinions séparées, qui contiennent à la fois des suggestions et des critiques, l'internationaliste chilien a en fait réalisé une œuvre doctrinale qui se situe autant en amont qu'en aval de la création du droit. D'une manière générale, nombre d'opinions séparées sont demeurées célèbres et constituent des pages brillantes dignes de figurer dans une anthologie. Certaines d'entre elles sont rédigées en termes particulièrement bien frappés. Sir Gerald Fitzmaurice proclame par exemple dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu le 5 février 1970 par la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (deuxième phase) : "Le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement" (Rec., p. 86). En reprenant une locution de Michel Virally, voici "un acquis de la pensée juridique qui ne saurait être remis en question".

L'impact des opinions séparées sur les tribunaux internationaux est d'autant plus grand qu'existe une synergie étroite et constante entre cette branche de la doctrine finalisée et l'ensemble de la doctrine académique.

c) La synergie entre la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse et l'ensemble de la doctrine académique

L'épanouissement de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse est avéré. Certains auteurs ont cru alors pouvoir aller plus loin en prétendant que les opinions séparées exerçaient une influence plus tangible sur les tribunaux internationaux que les œuvres doctrinales purement académiques. Leur autorité doit pourtant être relativisée comme le montrent les propos suivants.

On a ainsi fait observer que les six opinions dissidentes exprimées dans l'affaire du "Lotus" avaient permis l'*ancrage* de la règle de la compétence pénale exclusive de l'État du pavillon en cas d'abordage en haute mer dans la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer alors que l'arrêt de la C.P.J.I. en date du 7 Septembre 1927 avait statué en sens opposé. Il a encore été soutenu que les cinq opinions dissidentes formulées sous l'avis consultatif donné par la C.I.J. le 28 Mai 1951 dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 Décembre 1948 avaient influé sur les conclusions élaborées par la C.D.I. dans ses travaux sur le droit des traités à propos de la question des réserves aux traités multilatéraux. Les opinions séparées peuvent assurément empêcher qu'une décision de justice erronée n'acquiert un crédit qui ne lui appartient pas. M. Ijaz Hussain note néanmoins "qu'il est bien difficile d'affirmer avec certitude que sur tel ou tel point la Cour est redevable à tel ou tel juge". Il serait en outre bien malaisé de déterminer l'impact respectif des opinion séparées proprement dites et d'autres facteurs. Le Professeur Angelo Piero Sereni souligne ainsi au sujet des

exemples précédents qu'on a, d'un côté, "le vote contraire d'une forte minorité de juges de haute réputation, de l'autre, les critiques adressées aux deux décisions par une partie de la doctrine la plus autorisée qui les estime contraires au droit international en vigueur" (90).

La réalité est donc moins "hyaline" ou moins limpide qu'il n'y paraît à prime abord. Si les juges constituent une ramification influente de la doctrine finalisée lorsqu'ils rédigent des opinions séparées, force est de reconnaître que ces dernières se mâtinent le plus souvent avec le corpus doctrinal académique et les autres inflorescences de la doctrine finalisée. Il y a bien ici une synergie directe et pérenne entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en vue d'influer sur l'élaboration et l'évolution du droit international.

Un ascendant ostentatoire de la doctrine académique sur les membres des tribunaux internationaux est même perceptible. La réflexion peut surprendre dans la mesure où l'on sait déjà que les Cours de La Haye évoquent rarement et toujours en termes énigmatiques cette branche de la doctrine dans leurs décisions. On doit néanmoins observer que les Sages de la minorité font en revanche preuve dans leurs opinions séparées d'une propension lancinante à s'appuyer sur la littérature du droit en général afin de mieux étayer leurs propres conceptions (91). Il n'y a pas lieu toutefois de s'étonner d'une telle pratique. En mentionnant au besoin nominalement les écrivains du droit et leurs publications, les juges procèdent en vérité comme les avocats qui nourrissent leurs mémoires et plaidoiries en citant à volonté les travaux doctrinaux. À titre d'illustration récente, on peut se référer à une opinion dissidente de M. Mohammed Shahabuddeen sous l'ordonnance édictée par la Cour le 28 Février 1990 à propos du *Différent frontalier, terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras*. Dans une composition doctrinale de 44 pages, le juge de la Guyana invoque un très grand nombre de Savants et leurs écrits ainsi que plusieurs opinions séparées dont l'opinion dissidente de son collègue en poste — le juge Sir Robert Jennings — dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec., p. 45). Ne faudrait-il pas, à la suite de ces développements, rejeter définitivement le mythe de l'insignifiance de la doctrine dans son rôle de "chambre de consultation" pour le compte des tribunaux internationaux ?

Quelle est par ailleurs la légitimation de ce comportement apparemment amphibologique selon que le Sage agit en franc-tireur ou au sein de la cohorte majoritaire de la Cour de La Haye ? Deux arguments peuvent être avancés. Il faut d'abord constater que la délibération d'une juridiction collégiale correspond inévitablement à une "fusion de volonté" ou — selon la terminologie de l'Allemand Triepel — à la *Vereinbarung*. Max Sorensen précise que bien des nuances peuvent en conséquence se perdre dans un tel aréopage dès lors que l'opinion de la majorité du tribunal apparaît fréquemment comme le résultat d'un compromis : "Si les références aux auteurs sont parmi ces nuances sacrifiées, une des causes en est peut-être le fait important que les juges sont eux-mêmes au nombre des *publicistes les plus qualifiés des différentes nations*" (92). Le magistrat qui rédige une opinion séparée se trouve ensuite dans une position totalement différente par rapport à celle de la Cour. Il a ainsi conscience que la dite opinion n'est pas soumise à la même épreuve pratique qu'un acte juridictionnel pour la simple raison qu'elle n'aura pas d'effets entre les

(90) Cf. "Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux", R.G.D.I.P., 1964, p. 856.
(91) Il y a néanmoins des exceptions. Dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu le 13 Septembre 1990 par la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras*, le juge japonais Shigeru Oda ne cite par exemple aucun auteur en particulier ni aucune société savante nationale ou internationale (Rec., pp. 138-144).
(92) Précité, p. 185.

Parties au différend interétatique. Bien que sa façon de raisonner demeure celle d'un Sage, il ne voit dès lors aucun obstacle à employer une phraséologie moins orthodoxe que celle qui est ordinairement utilisée dans les décisions formelles de la Haute juridiction internationale. Autant dire qu'il n'aura guère d'état d'âme à citer nominativement les maîtres reconnus du droit international et tout particulièrement ses confrères qui délibèrent à ses côtés dans l'enceinte du Palais de la Paix à La Haye. Cependant, à titre de comparaison, les cas où les œuvres scientifiques des juges sont alléguées par les avocats dans leurs mémoires et plaidoiries sont également pléthoriques.

En dehors de l'aide précieuse qu'ils apportent aux tribunaux internationaux par leurs études, les "publicistes les plus qualifiés" sont souvent amenés à participer directement à la vie juridique internationale en qualité de juges ou d'arbitres ou encore en tant qu'experts engagés par des organisations intergouvernementales pour préparer l'œuvre de codification des règles coutumières. À cet égard, nous devons mettre l'accent sur la restructuration indispensable de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative (B).

B) LA RESTRUCTURATION INDISPENSABLE DE LA DOCTRINE FINALISÉE ENGAGÉE DANS DES PROCÉDURES DE NATURE NORMATIVE

Dans son ensemble, la doctrine a toujours joué un rôle de premier plan en matière de codification et de développement progressif du droit international. Il en fut en tout cas ainsi jusqu'à une époque relativement récente. On observe en effet aujourd'hui dans ce domaine important une interaction entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en même temps qu'un "chassé-croisé" entre la doctrine académique et la doctrine finalisée *des publicistes les plus qualifiés des différentes nations.*

Dans les développements suivants, il importe plus précisément de mettre l'accent sur le déclin partiel mais incontestable de la doctrine purement académique au profit de la doctrine finalisée dès la fin des années "50" avant que cette dernière — essentiellement incarnée par la Commission du droit international des Nations Unies — n'entre elle-même à son tour dans une ère de déclin également relatif mais tout aussi indubitable.

a) Le déclin relatif de la codification doctrinale officieuse du droit international

La doctrine académique a rempli une fonction décisive dans le domaine de la codification du droit international coutumier de la Renaissance au XVIIIème siècle. On ne reviendra pas sur ce premier point déjà exposé. Mais cette doctrine a par la suite connu une phase de reflux à partir du milieu du XIXème siècle avant de retrouver un certain éclat bien que fugace dans la première moitié du XXème siècle avec la multiplication et l'épanouissement des grandes sociétés savantes. Ces deux derniers points méritent ici tour à tour quelques explications succinctes. Lès voici.

Entreprises dans le climat positiviste qui a beaucoup influencé la pensée juridique au cours de la seconde moitié du siècle passé, certaines codifications individuelles ont révélé à l'évidence des ambitions élevées et parfois même démesurées chez leurs auteurs. Il est possible de donner ici un modèle assez représentatif en citant le cas du Suisse Jean-Gaspard Bluntschli qui publie dès 1868 le Droit International Codifié en 862 articles. La question-clé est alors la suivante : quelle valeur attribuer aux activités de cette branche originaire de la doctrine académique ? Sans s'embarrasser de circonlocutions, on peut dire que son audience a

été plutôt pusillanime dans la mesure où ses membres ont le plus souvent effectué un repli autarcique sur eux-mêmes à l'instar des anachorètes de la Thébaïde. Leurs travaux de codification ne sont le plus souvent que l'expression de vues subjectives ou érémitiques formulées sur certains chapitres du droit international et sans volonté réelle d'intégration dans le droit positif. Le Britannique Georg Schwarzenberger s'est montré peu amène — c'est un euphémisme — à l'égard de ce genre d'écrits représentant une vision individualiste de la société interétatique :

"Rien n'a terni davantage le crédit de la doctrine en droit international que l'inclination de quelques uns de ses représentants à faire accepter des *desiderata* de *lege ferenda* sous le couvert de propositions de *lege lata*" (93).

La sévérité de cette assertion mérite cependant d'être nuancée. L'œuvre magistrale du Français Gilbert Gidel n'a-t-elle pas exercé une influence considérable sur la première codification réussie du droit de la mer en 1958 ? De même, des opinions doctrinales parfois anciennes ne peuvent-elles pas avoir par la suite une incidence effective sur l'évolution du droit positif ? Le Chilien Alejandro Alvarez avait ainsi proposé, dès 1924, de considérer les archipels comme formant des unités politiques et économiques et de regrouper leurs îles aux fins de délimitation de leurs eaux territoriales. Il suggérait que celle-ci fussent mesurées à partir des îlots les plus éloignés du centre de l'archipel. MM. René-Jean Dupuy et Daniel Vignes soulignent que l'éminent juriste avait ainsi découvert le concept de "polygone archipélagique" qui sera plus tard consacré en 1982 par la Convention de Montego Bay (94). Sur un plan général, ne faut-il pas enfin et surtout rappeler que toute recherche scientifique indépendante est fertile dès lors qu'elle a pour but de provoquer et de nourrir la réflexion sur l'état du droit ? Comme le fait remarquer avec pertinence M. Christian Atias : "il n'y a aucune raison de se priver par principe de tel ou tel enseignement". Alejandro Alvarez devait toutefois préciser que la codification officieuse du droit international et son développement ne sont "possibles que graduellement et progressivement par le travail — individuel — des Savants et — collectif — des Académies".

Or l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye ne fait apparemment allusion qu'à des individus et plus exactement aux opinions doctrinales individuelles lorsqu'il évoque "la doctrine des publicistes les plus qualifiés de différentes nations". On ne saurait cependant écarter les opinions doctrinales collégiales et plus précisément la contribution des sociétés savantes qui se sont multipliées depuis la fin du XIXème siècle. Le Président Manfred Lachs constate à ce sujet que "l'esprit de coopération avait fait son apparition pour évoluer vers l'âge de la recherche collective". Les cénacles en question sont des organisations permanentes non gouvernementales dont les associés présentent généralement toutes les compétences requises en droit international. Par ailleurs, ils se prononcent sur la base de rapports préparatoires souvent imposants et après recension des points de vue de juristes appartenant à des courants de pensée très diversifiés. Leurs travaux présentent par suite un grand intérêt et sont de précieux documents de référence. C'est presque un truisme de dire que les opinions doctrinales collectives exprimées dans ce contexte sont en principe investies d'une autorité plus forte que les opinions doctrinales individuelles. MM. Patrick Daillier et Alain Pellet soulignent que leur *restatement* présente "l'avantage d'autoriser des comparaisons plus amples des pratiques nationales et un débat scientifique moins subjectif" que les études personnelles. Les éminents auteurs prennent bien soin néanmoins de préciser que "la diffusion de leurs conclusions ou

(93) Cf. *"The Province of the Doctrine of International Law"*, Current Legal Problems, 1956, Londres, Volume 9, p. 244.
(94) Cf. Traité du Nouveau Droit de la Mer, Économica, 1985, p. 238.

propositions dans le droit positif est un processus indirect et aléatoire". La véridicité de cet additif est indéniable. Les vues exprimées par les associations scientifiques n'ont qu'une valeur intrinsèque. Leurs résolutions ne peuvent en aucun cas créer directement des règles juridiques. Elles n'en exercent pas moins une certaine influence dans la formation du droit dès lors qu'elles peuvent aider à l'établissement de règles juridiques appropriées par les ressources de leurs réflexions sur l'état du droit positif.

Parmi les sociétés savantes influentes, il faut citer l'*International Law Association* fondée en 1873 à Londres ainsi que la *Harvard Law School* qui a joué un rôle appréciable dans la préparation de nombreux projets officieux de conventions depuis sa fondation en 1927. Il faut aussi rappeler les efforts de l'*American Society of International Law* — établie à Washington en 1906 — et de l'Institut américain de droit international — également créé à Washington mais en 1912 — dans leurs travaux préparatoires à la codification du droit régional américain. On doit surtout ici mettre en relief le cas le plus prestigieux qui est celui de l'Institut de droit international créé à Gand en 1873. "Association exclusivement scientifique et sans caractère officiel", réunissant 132 Membres et associés, cet aréopage a apporté depuis plus d'un siècle une contribution notable au développement progressif et à la codification du droit international.

En voici quelques échantillons. Il énonce le premier, dès le 12 Septembre 1891, à sa session de Hambourg le principe cardinal de la "publication universelle" des traités dans le cadre d'une "Union internationale" bien avant qu'il ne soit ratifié par le Pacte de Versailles créant la S.D.N. en 1919. L'Institut adopte le 12 Octobre 1929 à sa session de New York une "Déclaration des droits internationaux de l'Homme" dans un esprit qui anticipe la "Déclaration universelle des droits de l'homme" également votée à New York le 10 Décembre 1948 par l'organe plénier de l'O.N.U. Les quatre libertés de la haute mer — liberté de la navigation, liberté de la pêche, liberté d'y poser des câbles sous-marins et des pipelines, liberté de la survoler — citées par la C.D.I. dans son projet d'articles de 1956 et reprises par la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, avaient déjà été désignées presque dans les mêmes termes et en tout cas dans le même ordre par l'article 1 de la résolution sur la haute mer votée par l'Institut à sa session de Lausanne en Août 1927. Dans une résolution adoptée le 11 Septembre 1963, à sa session de Bruxelles, l'Institut fait encore "œuvre de pionnier" en édictant les règles de non-appropriation de l'espace cosmique et des corps célestes et de leur utilisation à des fins exclusivement pacifiques avant qu'elles ne soient définitivement consacrées par le traité du 27 Janvier 1967 sur l'espace extra-atmosphérique (95).

Les travaux de l'Institut sont assurément toujours allégués dans les écrits personnels "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations", dans les multiples commentaires et résolutions des autres cercles scientifiques, dans les opinions individuelles ou dissidentes des arbitres et des juges des tribunaux internationaux, dans les mémoires et plaidoiries des avocats-conseils, dans les avis ou notes des jurisconsultes internationaux qui éclairent les gouvernements ainsi que dans les rapports officiels rédigés par la Commission du droit international. L'Institut semble pourtant s'éloigner de l'âge d'or qu'il a connu au début du XXème

(95) Cf. respectivement Annuaires de l'Institut : 1891-1892, Volume 11, p. 328 ; 1929, Tome II, pp. 298-300 ; 1927, Tome III, p. 339 ; 1963, Tome II, p. 362. D'autres exemples importants sont mentionnés dans les études suivantes : De Visscher (Ch.), "La contribution de l'Institut de Droit International au développement du droit international", Évolution et perspectives du droit international, Institut de droit international, Livre du Centenaire, précité, pp. 128-161 ; Fitzmaurice (G.), *"The contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law"*, R.C.A.D.I., 1973-I, pp. 203-260.

siècle lors de l'affrontement de Paul Fauchille et de John Westlake à propos du régime juridique de l'espace aérien territorial dans ses sessions de Bruxelles (1902), de Gand (1906) ou de Madrid (1911) : on sait qu'à un régime proche de celui de la haute mer proposé par le Français s'opposait un régime de souveraineté au profit de l'État sous-jacent présenté par le Britannique. De l'aveu même de ses membres, l'effritement de son crédit est perceptible : le Professeur El Rian écrivait en 1973 que si l'Institut "jouait un rôle privilégié dans l'élaboration du droit, il y a encore vingt ans, ainsi qu'en témoignent les références de nombreux ouvrages à ses résolutions, il est à présent en concurrence avec d'autres organismes" (96).

Comment alors expliquer le vieillissement prématuré ou le déclin relatif de ce vénérable et prestigieux cénacle ? Que faire surtout pour juguler la décrue de son autorité et assurer si possible sa revigoration ?

La sclérose de l'Institut a en vérité plusieurs fondements dont la plupart ont été inventoriés par ses propres sociétaires lors de la célébration du centenaire de l'institution. Le fait de les recenser est déjà *a priori* une façon de s'engager dans la voie d'une thérapie. Parmi les maux qui frappent l'Institut, il y a d'abord l'absentéisme dont ses membres se rendent coupables. Il faut pourtant reconnaître à leur décharge qu'il y a un problème de "dédoublement fonctionnel" au sein de l'Institut. Beaucoup de ses adhérents sont en même temps professeurs et consultants ou avocats ou juges quand ils ne siègent pas à la Commission du droit international. Autant dire que les Savants ne peuvent consacrer que peu de temps à l'Institut même si les sessions de ce cénacle sont systématiquement biennales et non plus annuelles depuis 1959. Le système qui repose sur la cooptation à vie a aussi des effets nocifs sur un collège qui ne comporte qu'un nombre très restreint de titulaires. Le résultat se traduit par un grand nombre d'opinions figées dans un monde en pleine effervescence. Pour obvier à cet inconvénient, M. Jean Salmon avait suggéré en 1973 d'envisager les moyens de rendre l'Institut plus représentatif des différents courants de pensée afin d'enrichir ses débats sans pour autant entamer la haute qualification de ses membres (97). Par la suite, des propositions plus précises ont été formulées par l'éminent internationaliste belge à la session de Cambridge de 1983 (98). Mais elles n'ont pas été vraiment concrétisées. Force est de constater que l'Institut demeure une "académie fermée" qui reflète toujours un "occidentalisme excessif" alors qu'il a été conçu pour être une association scientifique internationale à portée universelle. Il avait encore été conseillé à l'Institut, dès 1973, de se pencher sur ses rapports avec d'autres organismes qui entreprennent des recherches juridiques et d'abord avec les autres *pools* scientifiques censés rivaliser avec lui. L'Institut a enfin et surtout été invité à faire preuve d'une plus grande perspicacité au moment du choix de ses sujets afin d'éviter par exemple qu'il ne fasse double emploi avec la C.D.I. Michel Virally avait ainsi souhaité qu'il n'entre pas en compétition avec l'organe intégré des Nations Unies : "L'Institut doit s'efforcer de ne pas retenir des thèmes qui sont à l'étude au sein de la Commission ou, du moins de terminer ses travaux en temps utile, c'est-à-dire avant que la Commission n'entame les siens" (99). Il y a effectivement un problème de synchronisation à résoudre entre les recherches officieuses de l'Institut (doctrine académique) et les activités officielles de la Commission (doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative).

À ce jour, les réformes réalisées se caractérisent par leur inanité malgré cette radioscopie critique. Autant dire que la restructuration de l'Institut reste à faire. Le

(96) Cf. Livre du Centenaire, précité, p. 471.
(97) *Ibidem*, pp. 456-457.
(98) Cf. Annuaire de l'Institut de droit international, session de Cambridge, 1983, Volume 60, Tome II, pp. 66-79.
(99) Cf. Livre du Centenaire, précité, p. 461.

succès de sa reviviscence est d'ailleurs d'autant moins assuré que la C.D.I. dispose de moyens financiers plus importants et de moyens d'investigation plus efficients que ceux de l'Institut dans le domaine de la codification officielle du droit international.

b) Le surgissement de la codification doctrinale officielle du droit international

Les organisations internationales intergouvernementales, de plus en plus nombreuses depuis 1945, ont crée des comités consultatifs composés d'experts juridiques qui incarnent la doctrine finalisée lorsque leurs membres sont recrutés en raison de leurs compétences notoires et agissent en toute indépendance. C'est paradoxalement ici que la déliquescence est à la fois la plus spectaculaire et la plus véloce. La "tendance à la baisse" se vérifie quand on se penche sur le cas le plus connu et le plus prestigieux qui est indubitablement celui de la Commission du droit international des Nations Unies (100).

Complexité et densité croissantes des relations interétatiques rendent plus que jamais indispensables des règles juridiques fiables et stables. Contrairement au Pacte de Versailles, la Charte de San Francisco contient à cette fin des dispositions spécifiques sur la codification des coutumes afin de répondre de manière plus adéquate aux exigences versatiles de la vie sociale. Son article 13 charge en effet l'Assemblée générale de l'O.N.U. "d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification". Pour donner efficacité à ce texte, l'organe plénier a créé la Commission par une décision du 21 Novembre 1947. Élus pour cinq ans par l'Assemblée générale, ses sociétaires siègent à titre personnel en qualité de spécialistes du droit international et non en tant que représentants de leurs gouvernements. Il sont en outre choisis en fonction d'une représentation géographique équilibrée afin que soit assurée dans l'ensemble "la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde". Fonctionnant avec 34 membres au lieu de 25 depuis une révision de son Statut adopté en 1981 à l'instigation des États nouveaux — désormais largement majoritaires — l'institution a la possibilité de mieux prendre en compte les intérêts spécifiques du Tiers Monde.

Le processus d'intervention de la Commission est bien connu. La désignation d'un thème résulte d'une résolution de l'Assemblée générale. Mais celle-ci est souvent inspirée dans son choix par les suggestions de la C.D.I. N'est-ce pas déjà reconnaître que la doctrine finalisée peut, à ce niveau, jouer un rôle dans l'orientation de la codification et subséquemment dans la détermination du droit international ? Une fois l'option arrêtée, la Commission nomme un rapporteur spécial chargé d'étudier la question avec l'appui du Secrétariat de l'O.N.U. Elle rédige ensuite une épure qui est soumise aux gouvernements afin qu'ils puissent formuler leurs observations écrites. Elle adopte enfin un projet définitif d'articles soumis à la VIème Commission de l'Assemblée générale après avoir entendu les remarques de cet organisme qui exerce toutefois ses fonctions de supervision avec la plus grande discrétion. Mais c'est l'organe plénier des Nations Unies qui décide en dernier ressort de la suite à donner au projet. L'Assemblée générale provoque en fait le plus souvent la réunion d'une conférence internationale chargée d'adopter l'*instrumentum* de la convention de codification.

Contrairement à la doctrine purement académique dans son ensemble et à l'Institut en particulier, la Commission dispose de moyens d'information et de comparaison qui sont considérables. Elle a d'abord la possibilité de demander au

(100) Cf. Sinclair (I.), The International Law Commission, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987, 177 p.

secrétariat de la Division de la codification du Département des affaires juridiques des Nations Unies d'entreprendre des études approfondies pour mener à bien ses programmes de recherche. Elle a ensuite et surtout le pouvoir d'interroger directement les gouvernements des États membres de l'O.N.U. sur leurs pratiques respectives. Certains auteurs ont cru alors pouvoir reprocher à la C.D.I. de ne pas accomplir une œuvre de caractère doctrinal, faute apparemment d'un libre arbitre absolu. Son indépendance ne saurait toutefois être sérieusement contestée dès lors qu'il lui est toujours loisible d'accepter ou de rejeter les propositions d'origine étatique. Il est certain par ailleurs que la Commission n'est pas un législateur édictant des normes juridiques mais un organe subsidiaire de l'Assemblée générale habilité à proposer des règles nouvelles à l'accord des États. Il n'empêche que les gouvernements intéressés prennent fréquemment en considération ses travaux. M. Roberto AGO fait à ce sujet observer qu'un tel constat n'est en rien abscons dans la mesure où "les tendances" et "les intérêts" qui s'affrontent "dans une Conférence générale des représentants des gouvernements étaient déjà pratiquement tous présents dans la Commission" (101).

Dans ce contexte propice, la C.D.I. a incontestablement accompli une œuvre considérable depuis sa création. Parmi les principales conventions de codification à l'élaboration desquelles elle a contribué figurent les quatre Conventions de Genève de 1958 relatives au droit de la mer ainsi que les Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de 1963 sur les relations consulaires, de 1969 sur le droit des traités conclus entre États, de 1978 sur la succession d'États en matière de traités ou de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Les dispositions de ces conventions reprennent pour l'essentiel les normes bien établies du droit coutumier. C'est dire que la Commission s'astreint à une "extrême prudence" avant de proposer une solution. Elle s'efforce habituellement de démontrer qu'elle s'appuie sur une norme coutumière préexistante afin que l'opération de codification recueille l'adhésion du plus grand nombre d'États. Mais en agissant ainsi, la Commission ne fait que respecter l'article 15 de son Statut selon lequel une telle opération a pour but "de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales". Ce texte important pour notre essai dicte à l'occasion une double observation.

Il révèle d'abord une eurythmie institutionnalisée entre la doctrine académique et la doctrine finalisée en matière de codification et de développement progressif du droit international. On ne peut en fait manquer d'être impressionné par la fréquence avec laquelle la Commission fait référence dans ses travaux aux "publicistes les plus qualifiés des différentes nations". Le rapport final qu'elle a ainsi établi en 1956 sur le droit de la mer fait mention expresse à plusieurs reprises de la doctrine pure, individuelle ou collective, en citant notamment les écrits de Gidel, de Colombo ou de Lauterpacht ainsi que les études de l'Institut de droit international, de l'*International Law Association* ou de la *Havard Law School* (102). Le Président Manfred Lachs a pu ainsi conclure au sujet de la Commission :

"Les voix qui s'expriment dans cette enceinte sont celles de personnes "possédant une compétence reconnue en matière de droit international" qui, étant elles-mêmes des "maîtres", doivent tenir compte des opinions d'autres "maîtres" dans ce domaine, tout en faisant valoir les leurs. Ainsi les "maîtres" rencontrent les

(101) Cf. "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", R.G.D.I.P., 1988, p. 548.
(102) Cf. notamment A.C.D.I., 1956, II, pp. 278-282 ; 1954, II, p. 16 et 1950, II, pp. 43-45.

"maîtres" à plusieurs niveaux : ils le font à la Commission du droit international de même qu'à la Cour internationale de Justice" (103).

C'est par ailleurs une évidence que la C.D.I. excelle davantage dans le domaine de la "codification" du droit international que dans celui de son "développement" progressif (104). À propos du "changement fondamental de circonstances" (article 62 de la Convention du 23 Mai 1969), elle déclare par exemple dans son exégèse qu'"il y a abondance de preuves pour établir l'existence du principe en droit coutumier" avant d'examiner la jurisprudence des Cours de La Haye, l'attitude des juridictions nationales, la pratique diplomatique des États et la position des organes politiques des Nations Unies (105). M. Serge Sur souligne que cette méthode conduit la doctrine finalisée à s'appuyer de préférence sur le droit international positif plutôt que sur le développement progressif afin de recueillir une large approbation des États même quand il peut y avoir incertitude sur la réalité de la norme juridique invoquée. Pour la règle de *jus cogens* — qui est en grande partie l'œuvre de la doctrine finalisée et dont l'introduction dans le droit positif par la Convention de 1969 représente un pas important dans la voie de l'instauration d'un véritable ordre public international — la position de la Commission est ainsi ambiguë. Elle admet concomitamment qu'il faut "attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle" tout en considérant que la non-validité d'un traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi illégal de la force "constitue un exemple de norme de *jus cogens*" ou "un principe qui ressortit à la *lex lata* dans le droit international d'aujourd'hui" (106). M. Serge Sur précise que ce cas traduit à "la fois l'imbrication de la codification et du développement progressif" ainsi que "l'incomplétude de la codification" (107).

Reste alors à élucider le phénomène le plus important : quel est le fondement du reflux partiel ou du déclin relatif de la doctrine finalisée dans le domaine de la codification officielle du droit international ?

c) Le déclin relatif de la codification doctrinale officielle du droit international

La montée en puissance de la Commission a été rapide. Elle a en fait connu l'empyrée en Juillet 1966 lorsqu'elle adopte son projet définitif d'articles sur le droit des traités entre États dont les dispositions ont été reprises presque *in extenso* et souvent mot à mot dans la Convention de Vienne du 23 Mai 1969. Par la suite, sa situation s'est progressivement dégradée pour plusieurs raisons.

La Commission a semble-t-il, en premier lieu, moins de sujets "nobles" à traiter aujourd'hui si l'on fait exception de ceux qui se rapportent à la "responsabilité des États" ou à la "responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international". En second

(103) Précité, p. 217.
(104) La *codification* est un processus de conversion de coutumes existantes en un corps de règles écrites alors que le *développement progressif* du droit est une technique qui vise à transformer - à l'occasion de la rédaction du texte - les normes juridiques en vigueur pour les adapter aux besoins de la société. Mais, de l'avis même des membres de la C.D.I., la frontière entre ces deux opérations reste délicate à établir dans la pratique même si elle est intellectuellement concevable. Ainsi à propos de l'examen du droit de la mer, la Commission déclare avoir "acquis la conviction que, du moins dans cette matière, la distinction entre ces deux activités, prévues par le Statut, peut difficilement être maintenue" (A.C.D.I., 1956, II, p. 256). Ces opérations seront en fait souvent étroitement imbriquées afin d'accroître la cohésion du "corpus des règles de droit" intégrées dans une convention codificatrice.
(105) Cf. A.C.D.I., 1966, Volume II, pp. 279-283 et notamment p. 280.
(106) *Ibidem*, respectivement pp. 270 et 268.
(107) Précité, p. 129.

lieu — et c'est l'argument déterminant — si la C.D.I. a été investie à l'origine d'une *compétence générale* en matière de codification, elle ne dispose plus aujourd'hui d'une *compétence exclusive* dans le cadre des Nations Unies. L'usage voulait au départ que les conférences chargées de codifier et de développer progressivement le droit international travaillent sur des projets élaborés par la C.D.I. Il en fut ainsi lors de la Conférence de 1958 sur le droit de la mer. Une évolution s'est toutefois dessinée assez tôt. Des organes *ad hoc* ont en effet été créés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en vue de l'élaboration de règles de droit dans des domaines le plus souvent controversés ou affectés par de véritables séismes résultant du progrès de la science et de la technologie. C'est le cas du *Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique* établi en 1958, de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* instituée en 1966 ou encore celui du *Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale* créé en 1967. La nouveauté tient au fait que les membres de ces organismes représentent officiellement des États et agissent d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs à la différence de ceux de la Commission qui sont statutairement indépendants. Ils ne sauraient donc en aucun cas faire œuvre doctrinale. Le résultat est une nouvelle fois évident. La Commission est désormais tenue à l'écart de certaines questions vitales relatives à la "refondation" de certains chapitres du droit international.

Comment alors expliquer ce mécanisme qui tend à privilégier, au sein même des Nations Unies, des *comités intergouvernementaux* au détriment d'un *organe intégré* aussi éminent que la Commission ? Comment justifier plus prosaïquement le passage de cette institution de Charybde en Scylla ? Faut-il prononcer pour la énième fois le mot tabou de "déclin" ?

En vérité, l'abaissement de l'instance des juristes au profit d'instances politiques résulte de plusieurs facteurs. Les voici. Les procédures mises en œuvre par la Commission garantissent une extrême rigueur sur le plan scientifique. Mais elles présentent d'abord le *handicap* inéluctable de la lenteur. M. Lachs reconnaît à cet égard que "la codification est une tâche qui demande beaucoup de temps et d'efforts" (108). L'inconvénient est d'autant plus fâcheux que la C.D.I. a un plan de travail déjà très chargé. Le paramètre temps n'est pas cependant le seul à entrer en ligne de compte. MM. Daillier et Pellet ont pu également reprocher aux méthodes de travail de la Commission un certain "conservatisme" qui est "inhérent" lui aussi aux travaux de spécialistes indépendants et, de fait, il lui est bien difficile de ne pas faire prévaloir la *lex lata* sur la *lex ferenda* en vertu même de son Statut. En prenant de la hauteur, il est alors permis de s'interroger : le recours aux précédents — *technique volontiers utilisée par la Commission* — constitue-t-il le moyen le plus idoine pour assurer le progrès du droit international dans un monde marqué par l'accélération du rythme de l'évolution technique ? Rien n'est moins sûr (109). Le recul de la Commission du droit international des Nations Unies s'explique enfin par des raisons de nature politique.

C'est d'abord un fait qu'on porte parfois atteinte à la technicité de la C.D.I. en voulant assurer systématiquement en son sein la représentation des diverses régions

(108) Cf. A.C.D.I., 1962, Volume I, p. 9.

(109) Nombre d'auteurs éminents sont persuadés que des thèmes renouvelés ne peuvent pas seulement faire l'objet d'une codification, au sens strict, du droit international existant. Le Recteur Jacques Dehaussy souligne par exemple "que l'évolution sociale et le progrès technologique exigent que soient introduits dans les projets d'articles d'importants éléments de *développement progressif du droit*" (voir Travaux de la Commission du Droit International", A.F.D.I., 1988, p. 523). On peut même à la limite se demander s'il est vraiment opportun d'inviter la C.D.I. à élaborer un droit nouveau sous prétexte de développement progressif lorsqu'il s'agit d'un sujet si nouveau qu'il exige l'accord des États souverains plutôt qu'un perfectionnement reposant sur un *restatement* de règles juridiques quasi inexistantes.

du monde. Certains de ses membres sont dès lors recrutés plus en fonction de critères politiques que juridiques. En termes moins diplomatiques, il faut reconnaître que les États nouveaux ont encore un nombre insuffisant d'internationalistes de haut niveau à mettre à la disposition de la Commission. Guy de Lacharrière observe par ailleurs sur un point précis mais capital : "Il est apparu à de nombreux pays que les considérations politiques qu'ils souhaitaient voir présider à la réforme du droit de la mer seraient mieux traduites au sein d'une réunion composée de représentants de tous les gouvernements intéressés que par les experts qui constituent la C.D.I." (110). *Il est exact qu'on tente de nos jours de palier les lenteurs juridiques au moyen de prises de décisions politiques.* Il serait pourtant erroné de considérer la politisation du processus de formation du droit international sous un angle entièrement négatif. Telle est notamment l'opinion de Mme Patricia Buirette-Maurau qui fait remarquer que "les États du Tiers-Monde utilisent le processus juridique en le politisant pour faire accepter leurs revendications et accélérer la nécessaire mutation du droit international" (111).

C'est dire, dans un langage décodé, que la procédure de codification officielle suivie par la doctrine finalisée se révèle insuffisamment efficace dans la perspective actuelle. Quand les règles du jeu rendent la partie confuse, il ne faut pas alors hésiter à les changer. Le diagnostic paraît en d'autres termes évident. Il devrait conduire à une médication adéquate. N'est-il pas cartésien de penser avec M. Milan Sahovic que "le temps est venu de reconsidérer les méthodes de travail de la Commission afin de les moderniser" ? Dans un système renouvelé — précise l'internationaliste yougoslave — "la préparation d'un nouveau programme de travail à long terme serait indispensable" (112). En clair, la C.D.I. devrait s'engager dans la voie d'une restructuration en profondeur.

L'étude préparatoire à la codification officielle des coutumes et au développement progressif du droit international n'est plus l'apanage de la doctrine finalisée dans le cadre des Nations Unies. Un mécanisme de nature politique s'est partiellement et graduellement substitué à un processus plus technique et juridique adopté à l'origine par la Commission. L'anémie de cet organisme est sur ce plan une certitude. Mais la doctrine finalisée ne doit pas pour autant s'abandonner à la sinistrose ou au catastrophisme. Plusieurs arguments peuvent être avancés.

On pourrait d'abord rappeler que beaucoup de dispositions des Conventions de Genève de 1958 — elles-mêmes inspirées par les travaux de la Commission — ont été reprises sans modifications significatives par la Convention de Montego Bay qui constitue l'épilogue de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et dans laquelle certains publicistes ont cru voir une revanche posthume de Selden sur Grotius. Cette convention, signée en 1982, tarde en outre à entrer en vigueur. Elle n'a pas par ailleurs réglé tous les problèmes. Elle apparaît même inapplicable dans certaines de ses dispositions principales relatives au régime juridique de la "zone internationale des fonds marins". Il serait enfin absurde de méconnaître le rôle fondamental que la Commission a joué et joue encore en tant que "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" ainsi que la contribution majeure que cet organisme a déjà apportée dans le domaine du développement progressif du droit international et de sa codification — une contribution qu'elle doit de toute façon continuer d'apporter dans un cadre au besoin rénové comme le

(110) Cf. "La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies", R.G.D.I.P., 1980, p. 220.
(111) Cf. La participation du Tiers Monde à l'élaboration du droit international, L.G.D.J., 1983, p. 83.
(112) Cf. "Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international", R.C.A.D.I., 1986-IV, p. 223.

souhaite l'Assemblée générale de l'O.N.U. dans sa deuxième résolution adoptée en 1990 à l'occasion de la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

Le déclin de la doctrine finalisée engagée dans le domaine du développement du droit et de sa codification doit encore être relativisé à un autre point de vue. On constate en effet que *la Commission entre souvent en concurrence avec d'autres organes dont certains incarnent pleinement la doctrine finalisée.* Quand la C.D.I. n'intervient pas dans le processus de formation d'une convention de codification, on voit parfois surgir, comme le souligne M. Gérard Teboul, "des groupes restreints composés de personnalités dont la compétence est indiscutable et qui sont invitées à exposer, comme au sein de la C.D.I., leur point de vue en toute indépendance" (113). Un seul exemple suffira à étayer cette affirmation. C'est le cas du cénacle Jens Evensen dans le cadre précisément de la restructuration du système juridique maritime international entreprise par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Ce club officieux fut d'abord créé à l'initiative d'un juriste éminent : le ministre norvégien de la mer. M. Daniel Vignes note ensuite que c'est *intuitu personae* — bien plus en tant qu'experts juridiques que délégués — que ses membres se réunirent après la session de Caracas pour accomplir un travail intensif et dans une large mesure définitif dans des secteurs essentiels relatifs notamment à la définition de la zone économique exclusive et à l'exploitation de ses ressources biologiques (114).

Le cas du groupe Evensen ne saurait toutefois être systématisé. Michel Virally a alors raison d'enseigner que "la constatation de l'existence d'une règle de droit et l'énoncé de son contenu représentent des opérations intellectuelles qu'un organe politique est très mal outillé pour entreprendre" avant de préciser que "c'est là, normalement, la tache d'un organe juridictionnel... ou de la doctrine". Il est exact qu'une instance politique "ne saurait prétendre faire œuvre scientifique". Il ne faut pas néanmoins perdre de vue l'idée que les États ont, de tout temps, ressenti le besoin de recourir à des avis juridiques. Leurs responsables sont même aujourd'hui de plus en plus soucieux d'intégrer des juristes de renom qui ne soient pas uniquement des diplomates professionnels dans leurs délégations nationales. Il en est ainsi notamment lorsqu'ils participent à une Conférence réunie en vue de l'adoption d'un instrument conventionnel multilatéral.

Le moment est peut-être alors venu de présenter les jurisconsultes internationaux qui peuvent constituer — dans certaines circonstances bien définies — une branche active de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique (C).

C) LA RESTRUCTURATION PROGRESSIVE DE LA DOCTRINE FINALISÉE ENGAGÉE DANS DES PROCÉDURES DE NATURE DIPLOMATIQUE

Pour venir en aide aux services juridiques de leurs ministères des Affaires étrangères — *rouages décisifs dans la création du droit international* — la France et la Grande-Bretagne ont songé depuis longtemps à faire appel à des personnalités reconnues de la communauté scientifique nationale (115). Cet usage s'est par la suite

(113) Cf. "Remarques sur les réserves aux conventions de codification", R.G.D.I.P., 1982, p. 716, note 70.

(114) Cf. "Deux prolégomènes du nouveau Droit de la Mer : le Texte unique de négociation du 7 Mai 1975 et le Groupe nommé Evensen", Revue Iranienne des Relations Internationales, 1975-1976, n°5-6, pp. 9-25.

(115) Un mécanisme similaire existe dans les ordres juridiques internes où l'une des missions de la doctrine est d'exercer une influence sur le Législateur. Cette influence peut être médiate par l'intermédiaire des études publiées par les Savants lorsqu'ils analysent et critiquent les lois en vigueur.

propagé dans les nations occidentales dès l'aube du XXème siècle. Il a enfin gagné la plupart des pays du Tiers Monde après l'accession à la souveraineté des anciens territoires dépendants. Aucune décision fondamentale n'est en vérité prise aujourd'hui par les responsables des Relations extérieures sans consultation de jurisconsultes éminents — nationaux ou étrangers — que le contact direct et permanent avec les réalités pratiques empêche de céder aux charmes ou aux sortilèges de la théorie pure.

De prime abord, il s'agit d'une institution de nature à renforcer l'emprise "des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" sur les organes étatiques qui sont tout particulièrement investis du *treaty making power*.

L'objet de la présente étude est de préciser la nature exacte de la fonction des jurisconsultes internationaux ainsi que l'étendue de leur impact sur les gouvernements qui sollicitent des expertises juridiques avant de rechercher les causes du déclin d'une institution qui se situe aux confins de la doctrine finalisée.

a) Les jurisconsultes internationaux : une institution aux confins de la doctrine finalisée

On s'est souvent interrogé sur la nature des activités accomplies par le consultant international auprès d'un gouvernement étatique. C'est un fait que ses interventions sont hétérogènes et de plus en plus techniques. Son rôle au sens large du terme est bien de donner au ministère des Affaires étrangères des avis selon son "intime conviction" sur des problèmes juridiques qui se posent dans la conduite des relations extérieures. Encore convient-il dès à présent de distinguer deux cas de figure. Le consultant a pour mission première — sous un angle négatif — d'éviter qu'un gouvernement n'entre en conflit avec le droit international dans la poursuite de ses objectifs. Comme le souligne avec sagacité le Président Manfred Lachs : "Qui pourrait avoir plus de compétence pour ce faire que le maître ?" Le Prince est ainsi logé à la même enseigne que le Sage. Tous deux ont en effet besoin du Savant. C'est dire, en d'autres termes, que la compétence des consultants internationaux ne fait généralement guère de doute. Sir Gerald Fitzmaurice précise toutefois que la principale activité des jurisconsultes revient — sous un angle positif — "à donner des justifications juridiques à la politique extérieure de leurs gouvernements respectifs" (116). Où dès lors faut-il classer les vues exprimées par les conseillers juridiques qui éclairent les autorités étatiques dans cette optique bien précise : *dans la catégorie des activités doctrinales ou dans celle des activités diplomatiques* ? La réponse à cette question semble toujours nimbée d'ambiguïtés. La doctrine académique émet certes de sérieuse réserves dans son ensemble. Si elle ne conteste guère la technicité du consultant international, elle récuse en revanche son impartialité. Les propos qui suivent montrent en vérité qu'on ne saurait être trop catégorique.

La doctrine dominante a souvent reproché aux conseillers juridiques des États socialistes ou des États du Tiers Monde de s'attacher généralement à faciliter la mise

---

Mais elle peut aussi être directe quand ces Savants sont invités à faire partie de commissions consultées lors de l'élaboration des réformes législatives. Les gloses de ces consultants enrichissent toujours les débats et sont parfois prises en considération par le Parlement. L'usage est ancien. Il en est ainsi notamment dans l'ordre juridique français. Pothier fut par exemple au XVIIIème siècle l'inspirateur du Code Napoléon. La réforme d'ensemble du droit de la famille et des incapacités doit beaucoup de nos jours au Doyen Jean Carbonnier. Voir Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), Traité de droit civil. Introduction générale, L.G.D.J., 1990, p. 195.

(116) Cf. *"Legal Advisers and Foreign Affairs"*, A.J.I.L., 1965, p. 73. Voir également Bilder (R.B.), *"The Office of the Legal Adviser : the State Department Lawyer and Foreign Affairs"*, A.J.I.L., 1962, pp. 633-684 et Vallat (F.), International Law and the Practitioner, Manchester University Press, 1966, 135 p.

en œuvre de la politique décidée par leurs gouvernements respectifs dans leurs rapports internationaux. L'observation est certes fondée. Mais la plupart des internationalistes — y compris ceux qui interviennent à titre de consultants internationaux dans les pays occidentaux — n'agissent-ils pas consciemment ou non de la même manière ? Comme tous les hommes, les écrivains du droit subissent en réalité peu ou prou l'influence décisive du milieu social dans lequel ils vivent. Un pareil constat n'est d'ailleurs ni original ni *a fortiori* nouveau. Il n'est pas au demeurant le privilège de la doctrine finalisée qui éclaire la lanterne du Prince. Il vise aussi la doctrine académique. L'un des exemples historiques les plus célèbres est peut-être, à ce sujet, celui de la "bataille des livres" qui a opposé deux maîtres incontestés du droit des gens au début du XVIIème siècle. Au *Mare Liberum* publié par Grotius en 1609 pour défendre le principe de la liberté de la haute mer contre les prétentions hégémoniques de l'Espagne fait écho le *Mare clausum* dans lequel Selden contredit Grotius en 1635 et justifie la thèse de la souveraineté de l'Angleterre sur la haute mer. Or il est établi que le premier écrivait à la demande de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales tandis que le second agissait d'après des recommandations du Gouvernement anglais. La propension des internationalistes à soutenir leurs gouvernements étatiques a donc bien toujours existé. Il est vrai cependant qu'elle s'est amplifiée au XXème siècle, tout particulièrement dans les régimes autoritaires à direction communiste dans lesquels la doctrine purement académique comme la doctrine finalisée révèlent une adhésion étroite à la philosophie du marxisme-léninisme. Cette inclination existe, sur un plan général, dans tous les États qui sont en principe guidés par leur intérêt national et qui définissent à cette fin — comme l'a démontré avec brio Guy de Lacharrière — une "politique juridique extérieure" (117).

Mais faut-il pour autant mettre en cause l'indépendance du jurisconsulte même lorsqu'il agit effectivement pour le compte de son État ? Nous ne le pensons pas pour les raison suivantes. D'abord, le consultant, en tant que personne privée ou sans attache officielle, est généralement un maître qui n'ignore pas que son efficacité est souvent liée au respect du droit international et à son développement progressif. Ce publiciste qui compte en principe parmi "les plus qualifiés" a, de surcroît, une notoriété bien établie à sauvegarder. C'est dire qu'il ne saurait se comporter comme un quelconque échanson ou séide du gouvernement. Rien n'interdit enfin à un conseiller juridique de changer d'opinions en fonction des circonstances. Si le maître est libre d'exprimer en conscience un point de vue, il a toujours la possibilité de le modifier. On admet bien les revirements jurisprudentiels. Pourquoi *a fortiori* ne pourrait-on pas tolérer les palinodies doctrinales ? Mais dès lors que sa crédibilité est en jeu, il y a en vérité présomption que le maître qui intervient en tant que consultant international ne se comportera pas comme un vulgaire sectateur ou *factotum* et ne changera pas d'opinion pour de simples raisons d'opportunité. Le Président Manfred Lachs résume cette démonstration de la manière suivante : "Bien que le maître agisse... dans l'intérêt de son gouvernement, on serait malavisé de mettre en doute son intégrité ou d'insinuer qu'il agit contrairement à ses convictions ou à ses enseignements personnels" (118).

Les jurisconsultes internationaux ainsi présentés constituent une branche de la doctrine finalisée ou, à tout le moins, un corps d'élites aux confins de cette doctrine spécialisée dont l'influence est de toute façon indubitable.

(117) Cf. la politique juridique extérieure, Économica, 1983, 236 p.
(118) Précité, p. 205. Guy de Lacharrière exprime une idée analogue : lorsque des avis juridiques "émanent de commentateurs sans responsabilité gouvernementale, il n'y a pas lieu de douter de leur sincérité" (précité, p. 215).

b) Le flux de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique

Une question préalable mérite d'emblée d'être posée. Est-il possible de mesurer l'impact réel du consultant international ainsi défini sur son Gouvernement ? Il est bien difficile *a priori* de répondre à cette nouvelle interrogation pour deux raisons au demeurant connexes.

L'autorité du jurisconsulte international sur les responsables de la diplomatie est d'abord variable selon les États. Concrètement, elle dépend de plusieurs coordonnées paramétriques : la perception qu'il a de son rôle, la compétence avérée de l'intéressé ou la façon dont il donne un avis sur une question juridique, la durée de son expérience pratique, la structure de son environnement professionnel, le degré de confidentialité de ses recherches ou encore la ligne générale suivie en matière de politique étrangère par son pays. Est-il nécessaire d'ajouter que le consultant international ne peut imposer en quoi que ce soit sa manière de voir au Prince : il formule simplement des recommandations destinées à l'éclairer. C'est dire que la décision appartient toujours en dernier ressort au représentant officiel de l'État qui dispose en ce domaine d'un pouvoir discrétionnaire.

Il est malaisé ensuite de connaître l'emprise exacte des consultants internationaux dès lors qu'ils constituent une branche plus ou moins "invisible" de la doctrine finalisée. Cette remarque mérite à son tour des éclaircissements. Les conditions d'impartialité et de technicité sont nécessaires pour identifier la doctrine. Mais sont-elles pour autant suffisantes ? Ne faut-il pas encore exiger une extériorisation de la pensée doctrinale ? La consultation juridique ne doit-elle pas en un mot faire l'objet d'une mesure de publicité ? Même si les gouvernements ne les suivent pas, n'est-il pas au demeurant utile de connaître les avis juridiques qui leur sont donnés par les consultants ? À ce sujet, MM. Patrick Daillier et Alain Pellet enseignent que le poids de ces témoins privilégiés de l'action diplomatique que sont les jurisconsultes internationaux — moins étrangers aux données diplomatiques que la doctrine académique — est tel "qu'ils sont souvent soumis à une obligation de réserve très étendue" avant de conclure : "Ce qu'ils gagnent en autorité est souvent perdu en liberté d'expression" (119). Les avis que les conseillers juridiques donnent à leurs gouvernements ne sont en fait publiés que dans un petit nombre d'États occidentaux. Ces pays procèdent par ailleurs à une publication de leur pratique juridique et autres archives étatiques selon des techniques très diversifiées. M. Luigi Ferrari Bravo souligne enfin "qu'il s'agit de toute manière d'une publication qui, au moins pour ce qui concerne les périodes les plus récentes, n'est pas complète à cause du caractère confidentiel de bon nombre de documents importants" (120). L'objectif poursuivi est enfin de ne pas porter atteinte au crédit du consultant dont les avis peuvent parfois ne pas être suivis par son gouvernement. À ce sujet, il existe un véritable "pacte du silence" entre le Ministère intéressé et son consultant. Dès lors que cette branche de la doctrine finalisée n'agit pas "à découvert", il est quasi impossible de faire le *restatement* du droit international tel qu'il est perçu par les jurisconsultes internationaux. Il est par ailleurs malaisé de savoir si cette doctrine spécialisée traverse ou non une ère de déclin.

---

(119) Précité, p. 361.

(120) Précité, p. 310. Voir à titre d'illustration Parry (C.) et Fitzmaurice (G.). A British Digest of International Law compiled principally from the archives of the Foreign Office, examen de la pratique britannique de 1860 à 1960, 15 volumes prévus, Londres, Édition Stevens and Sons ; Kiss (A-Ch.), Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, 1790-1958, 7 volumes, Éditions du C.N.R.S. (1962-1972).

Elle n'est pas néanmoins totalement frappée d'opacité. Le Président Manfred Lachs note d'abord que "l'examen de la correspondance diplomatique rendue publique"—qui reprend généralement sans les citer les positions de leurs consultants— témoigne "à quel point les gouvernements, en présentant leurs vues ou leurs revendications en droit international, s'appuient sur les maîtres et sur les opinions qu'ils ont exprimées dans leurs écrits" (121). Les propositions formulées par les jurisconsultes peuvent ainsi être analysées, lorsqu'elles sont reprises par leurs gouvernements respectifs, comme autant d'éléments d'un vaste et enrichissant débat bien que feutré entre les divers courants de pensée qui coexistent en droit international. Elles démontrent une nouvelle fois, sous un autre angle, l'interaction directe et constante entre la doctrine purement académique et la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique.

Il est en outre permis de souligner que l'autorité des jurisconsultes a toujours été très élevée. Les exemples de maîtres ayant contribué à renforcer l'autorité du droit international en tant que consultants ne manquent pas. Le Suisse Emer de Vattel était déjà au XVIIIème siècle un conseiller juridique écouté du roi de Saxe. On peut citer par la suite l'Américain John Basset Moore et, plus récemment, le Britannique Sir Gerald Fitzmaurice ou encore le Nigérian Taslim Olawale Elias. Le cas du Français Louis Renault mérite une mention spéciale. Ayant occupé le poste de "Jurisconsulte-Conseil" au Quai d'Orsay de 1890 à 1918, ce "prince de la science du droit"— comme l'avait surnommé Paul Fauchille — fut à ce titre impliqué dans d'importantes décisions de politique étrangère prises par la France. *Il a ainsi joué le rôle de cheville ouvrière dans l'élaboration des Conventions de La Haye des 29 Juillet 1899 et 18 Octobre 1907 qui codifient certaines procédures coutumières de règlement pacifique des différends ainsi que diverses règles du droit de la guerre.* L'attribution du prix Nobel de la Paix à Louis Renault le 10 Décembre 1907 correspond en fait à l'âge d'or de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique (122). Après avoir eux-mêmes exercé la fonction de jurisconsulte dans leurs pays respectifs, le Français André Gros et le Britannique Arnold Mc Nair confirment que "les consultations juridiques extérieures" —pour discrètes qu'elles soient— sont le plus souvent suivies au Quai d'Orsay comme au *Foreign Office* et qu'il existe un dialogue pérenne et harmonieux entre le jurisconsulte et le ministre des Affaires étrangères (123). Leur sentiment est largement partagé par M. Ronald Macdonald qui s'est penché sur le rôle de cette institution dans une douzaine d'États. Après avoir constaté que le jurisconsulte a un rôle décisif à jouer, encore qu'indirect dans la création du droit, l'internationaliste canadien parvient à la conviction que le jurisconsulte a été influent, est influent et sera encore plus influent avant de ponctuer en guise de preuve par neuf : "*Legal Advisers are themselves very aware of their impact on international law*" (124).

La situation a cependant évolué au cours des deux ou trois dernières décennies. Il existe en effet des ferments de destabilisation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Quel est alors le fondement de son déclin au demeurant tout relatif ?

(121) Précité, pp. 196-197.
(122) Cf. Fauchille (P.), "Louis Renault (1843-1918). Sa vie. Son œuvre", R.G.D.I.P., 1918, pp. 1-253.
(123) Cf. respectivement "Origines et traditions de la fonction de jurisconsulte du département des Affaires étrangères", Mél. Trotabas, 1970, pp. 185-195 et International Law Opinions (Sélection des opinions des jurisconsultes de la Couronne britannique de 1782 à 1902), Cambridge University Press, 1956, Volume I, pp. XVIII-XIX.
(124) Cf. *"The role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs"*, R.C.A.D.I., 1977-III, Tome 156, pp. 381-482 et notamment p.413.

c) Le fondement du déclin relatif de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique

Un *flash-back* permet de comprendre l'évolution en cours. La fonction de consultant fut assumée pendant des décennies à temps partiel par des internationalistes de renom qui étaient recrutés le plus souvent parmi les "phénix" universitaires pour formuler des opinions juridiques au cas par cas et sans engager les États dont ils relevaient. Tel "Zeus descendant de son Olympe", le jurisconsulte international intervenait généralement deux ou trois fois par semaine pour donner à loisir des consultations écrites et plus ou moins prolixes sur des sujets de la plus haute importance. À l'occasion, il était relativement aisé à la doctrine purement académique de détecter l'homme de science — indépendant de toute allégeance étatique et œuvrant de façon altruiste pour une meilleure connaissance du droit international — qui avait influencé dans la pénombre le ministère des Affaires étrangères dans un cas précis. La pratique traditionnelle était en vérité adaptée à la vie interétatique telle qu'elle se présentait encore à la veille du second conflit mondial. La plupart des questions diplomatiques concernaient plus exactement des relations bilatérales entre un nombre par ailleurs relativement restreint d'États souverains.

Depuis lors, les données du problème ont radicalement changé. Le rôle sans cesse accru des organisations internationales à vocation universelle comme les Nations Unies ou à vocation régionale comme la Communauté économique européenne, l'élargissement spectaculaire de la société interétatique à la suite de la décolonisation des pays du Tiers Monde ainsi que le surgissement d'un droit international de plus en plus technique et le développement sans précédent du droit conventionnel multilatéral ont conduit à une évolution profonde des structures. M. Gilbert Guillaume a observé cette métamorphose dans les États occidentaux et notamment en France : "Au jurisconsulte à temps partiel succéda un jurisconsulte à plein temps, puis un service et enfin, à partir de 1969, une Direction des Affaires juridiques" (125). À la tête de cette direction se trouve un fonctionnaire du service diplomatique comportant un certain nombre de sous-directions et de bureaux dont les membres donnent des avis de plus en plus nombreux : par écrit ou oralement et même par téléphone en cas d'urgence (126).

La collaboration entre les jurisconsultes et les ministères des Affaires extérieures n'est plus aujourd'hui occasionnelle et individualisée mais permanente ou institutionnalisée et souvent collégiale, notamment dans les États d'Europe et d'Amérique du nord. Cette profonde mutation laisse sans doute intacte l'influence des jurisconsultes internationaux sur les Gouvernements (127). Mais elle se traduit immanquablement par un déclin objectif de cette branche de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Un double argument peut être invoqué pour corroborer ce diagnostic.

En premier lieu, un accueil prudent doit être réservé aux avis des consultants qui sont en même temps des agents gouvernementaux et plus exactement des

(125) Cf. "Droit international et action diplomatique. Le cas de la France", Journal Européen de Droit International, 1991, p. 136.

(126) Cf. Guillaume (G.), "La Direction des Affaires Juridiques du Ministère des Affaires Étrangères. Conseil Juridique et Action Diplomatique", Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France, Masson, 1989, pp. 267-278.

(127) On sait par exemple que la France a voté contre la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États à cause du jus cogens en 1969 et qu'elle a renouvelé ce vote pour le même motif presque 20 ans plus tard contre la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales. M. Gilbert Guillaume précise qu'il en fut ainsi tout simplement parce que les Ministres successifs s'en sont remis chaque fois "très largement à l'appréciation de leur directeur des Affaires juridiques" (précité p. 32).

fonctionnaires soumis au pouvoir hiérarchique et disciplinaire du ministère des Affaires étrangères. Ces avis juridiques officiels, sinon publics, ne peuvent avoir la valeur d'authentiques œuvres doctrinales même lorsqu'ils émanent d'internationalistes de renom. *Le critérium mis en cause ici n'est pas celui de la compétence mais bien une nouvelle fois celui de l'indépendance.* Faut-il rappeler qu'on ne peut considérer les travaux des consultants internationaux comme de véritables œuvres doctrinales uniquement dans l'hypothèse où les juristes expriment des opinions en tant qu'observateurs ou commentateurs extérieurs aux gouvernements étatiques ? Il faut cependant constater une nouvelle fois que la ligne de démarcation est parfois difficile à tracer entre le consultant indépendant que l'on peut rattacher à la doctrine finalisée et le représentant officiel de l'État qui l'exclut. Dans certains pays, on note parfois une "confusion terminologique aggravée". Il en est ainsi en France lorsque le Directeur des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères se présente lui-même en tant "qu'Agent et Conseil" dans les affaires contentieuses ! De son côté, Georges Berlia a relevé un exemple singulier de dédoublement fonctionnel avec la position erratique de Georges Scelle lorsqu'il participait à une conférence diplomatique en tant que délégué de son pays : "Il siégeait sans instructions gouvernementales et le Gouvernement français, qui l'avait désigné, s'abstenait de lui en donner" (128). Mais ce cas de figure où un délégué gouvernemental fait œuvre de caractère doctrinal est plutôt exceptionnel de nos jours.

En second lieu, les activités des jurisconsultes se sont diversifiées : ces derniers peuvent intervenir dans la quasi-totalité des échanges diplomatiques. Si l'on prend comme exemple le cas des pays de l'Europe des Douze, on constate qu'ils sont sollicités pour conseiller les agents diplomatiques, notamment au niveau de la négociation des conventions internationales ainsi qu'en matière d'interprétation et de révision des traités. C'est d'ailleurs pour accomplir cette mission qu'avait été créé en France dès 1722 un poste de "Jurisconsulte du Roi" qui fut supprimé à la révolution de 1789 avant d'être rétabli en 1890 sous le nom de "Jurisconsulte-Conseil". Le Jurisconsulte a encore pour tâche de commenter les projets d'articles élaborés par la C.D.I. et de représenter l'État dans toutes les instances internationales comme la Commission préparatoire de l'Autorité internationale des fonds marins ainsi que devant les juridictions interétatiques. Il en est ainsi devant la Cour de La Haye ou les tribunaux arbitraux et, de plus en plus souvent, devant la Cour de Justice de Luxembourg. Son rôle a pris en ce domaine une extension impressionnante depuis le traité de Rome du 25 Mars 1957 créant la C.E.E. Il faut enfin noter que l'expertise juridique reste, certes, son activité principale. Mais sa sphère de compétence n'a pas un caractère exclusivement technique. Le juriconsulte "étatisé" est en d'autres termes de plus en plus impliqué sur les plans diplomatique et politique. À cet égard, on peut s'interroger. Où finit le droit ? Où commence la politique ? Dès lors que les questions juridiques et politiques se mêlent de plus en plus inextricablement, c'est une raison supplémentaire pour refuser la qualité d'œuvres doctrinales aux travaux des consultants internationaux étatisés.

Dans la mesure où ces jurisconsultes internationaux sont de plus en plus nombreux dans l'ensemble des États et tout particulièrement dans les pays occidentaux, force est de constater le déclin objectif de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Ce déclin est cependant une nouvelle fois tout relatif. Il en est ainsi dès lors que les Gouvernements étatiques continuent de solliciter des avis autorisés sur les questions les plus importantes à des

(128) Cf. "La doctrine de Georges Scelle. Étude de quelques thèmes". Droit Public Interne et International (Étude et Réflexion), L.G.D.J. 1980, p.357.

internationalistes *indépendants* et très *compétents* puisque choisis —aujourd'hui comme hier— parmi les "publicistes les plus qualifiés des différentes nations".

Que dire alors en conclusion ?

CONCLUSION

Comme n'importe quel système juridique, celui qui s'applique dans la société internationale n'est pas immuable. C'est un ordre en mouvement dont la transmutation est de plus en plus accélérée à l'orée du troisième millénaire. Le droit international se construit sous l'action conjuguée des besoins disparates ressentis par un corps social toujours plus complexe, des exigences opportunistes du moment et de multiples influences doctrinales. Taslim Olawale Elias fait observer que son champ d'application s'élargit sans cesse et que les études juridiques doivent dès lors s'adapter à une société en crise en raison du processus de décolonisation et des progrès incessants de la révolution technologique (129). Une société polycéphale et instable dans laquelle le droit a pris un retard considérable sur la réalité sociale impose désormais des règles flexibles et adaptées, sinon renégociées en permanence. Elle exige corrélativement une doctrine moins hiératique dans ses formes d'expression, beaucoup plus neutre aussi sur le plan idéologique et surtout apte à se remettre en question afin de pouvoir influer sur l'élaboration de nouvelles et indispensables règles juridiques répondant aux nécessités contemporaines. En un mot, les Savants se doivent de comprendre les besoins changeants du monde dans lequel ils vivent.

Compte tenu du rôle respectif des États et des tribunaux dans la formation du droit international, certains auteurs ont cru jugé utile de revenir à la distinction des deux fonctions principales que la doctrine assume traditionnellement : aider à la détermination des règles juridiques existantes et exercer un impact sur le développement progressif du droit. Faut-il alors admettre, notamment avec MM. Patrick Daillier et Alain Pellet, que "le déclin du rôle de la doctrine est plus marqué sur le second point que sur le premier" ? Bien qu'exacte, l'observation doit toutefois être nuancée en tenant compte de la division dichotomique précédemment établie dans cet essai entre doctrine académique et doctrine finalisée.

Les forces doctrinales académiques et finalisées sont dans l'ensemble loin d'être exangues. La doctrine est telle le phénix renaissant de ses cendres.

Après avoir connu une période de splendeur dans ses jeunes années, la doctrine académique a subi une phase de régression —sinon d'impéritie ou de dérive chronique— au XIXème siècle avant de connaître un nouvel élan au XXème siècle. Nous avons ainsi noté qu'elle s'efforce de se remettre en cause depuis la fin du second conflit mondial afin de tenir compte du phénomène de fragmentation inévitable du droit et de sa technicité accrue. Certes, elle marque le pas dans l'une de ses fonctions traditionnelles relative à la théorisation du droit au niveau supérieur. Ce phénomène s'explique par les bouleversements en cours et la spécialisation toujours plus accentuée des chercheurs. Mais, en raison même de cette tendance, l'impact du corpus doctrinal n'a peut-être jamais été aussi grand que de nos jours. Faut-il par ailleurs rappeler que la confédération des forces doctrinales a joué, joue et jouera encore pendant longtemps un rôle éminemment plus important dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes en tant que "moyen

(129) Cf. *"The Expanding frontiers of public international law"*, International Law in a changing World, New York, 1963, pp. 97-104. Voir également Wasilkowski (A.) *"International Law : how far is it changing ?"* Mél. Lachs, 1984, pp. 307-311.

auxiliaire de détermination des règles de droit" en raison de l'inexistence d'un pouvoir supranational capable d'imposer ses règles aux États, de l'absence d'un pouvoir juridictionnel à compétence obligatoire et de la place encore importante des normes coutumières dans la vie de la société internationale contemporaine ? Il s'agit là d'un bilan de santé de la doctrine qui se révèle plutôt encourageant. Il est vrai, en revanche, que la contribution des Savants au développement progressif du droit international apparaît plutôt timorée en l'état actuel des choses. La doctrine académique doit, à ce sujet, lutter contre la procrastination en accélérant son processus de restructuration lorsqu'elle intervient en tant que "chambre de réflexion". Elle pourrait en ce domaine s'enrichir en acceptant plus franchement le principe de la pluridisciplinarité, en prenant quelques distances à l'égard des grands courants traditionnels de la pensée juridique internationale et en ayant une vision beaucoup moins dogmatique de la norme juridique internationale envisagée comme un impératif abstrait. Comment ne pas partager ici la pensée profonde de Michel Virally : "Le développement du droit international, dès lors, se fera suivant un modèle original qui nécessite des juristes internationaux plus d'imagination peut-être qu'ils n'ont eu tendance à en manifester jusqu'à présent" (130) ?

La doctrine finalisée est devenue, pour sa part, une réalité incontournable dans la présente moitié du XXème siècle. Ses différentes composantes connaissent certes des fortunes diverses. Celle qui est engagée dans des procédures de nature contentieuse fait preuve d'un dynamisme grandissant en dépit de quelques faiblesses d'ordre formel. Celle qui s'investit dans des procédures de nature normative a déjà supplanté —au moins partiellement— la doctrine purement académique dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. Mais elle est confrontée aujourd'hui à un problème de déclin relatif et, par suite, à un problème de restructuration qui devrait être ni improvisé, ni circonstanciel. La doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique connaît aussi une phase de reflux partiel. C'est néanmoins une quasi-tautologie que de dire que la doctrine finalisée —plus proche des centres de décisions et mieux informée— exerce malgré tout, dans son ensemble, une autorité plus tangible que la doctrine académique sur la formation comme sur l'évolution du droit international.

Il serait toutefois surréaliste d'opposer d'une manière radicale la doctrine académique et la doctrine finalisée. La première a certes une assise plus large que la seconde tout en paraissant plus indépendante. La doctrine finalisée fait preuve quant à elle d'une technicité plus évidente dans la mesure où ses membres —triés sur le volet— constituent le "noyau dur" de la "doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations". La doctrine académique est par ailleurs et par nature plus abstraite que la doctrine finalisée dès lors qu'elle est principalement confinée dans un rôle de diffusion, de présentation, d'interprétation et de systématisation du droit. L'antinomie entre ces deux facettes de la doctrine est cependant moins drastique en réalité qu'il n'y paraît à prime à bord. On a pu en effet constater à maintes reprises une synergie directe et féconde entre la doctrine académique et la doctrine finalisée. Il a ainsi été démontré que la seconde s'appuie le plus souvent sur les travaux de la première pour atteindre son objectif qui est d'influer sur les centres de décision. La doctrine des praticiens ne saurait en vérité être efficiente si elle ignorait le viatique de la doctrine des théoriciens dont l'ambition majeure est désormais de susciter et de nourrir la réflexion. Comment dès lors ne pas être convaincu que seule une dialectique de la pensée et de l'action permettra de jeter les bases d'un droit plus flexible et plus proche des réalités sociales ?

(130) Cf. Le Droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans, P.U.F., 1990, p. 100.

Une autre remarque complémentaire permet de faire apparaître les limites de la distinction entre doctrine académique et doctrine finalisée. Les juristes peuvent sans doute se classer dans la catégorie des théoriciens ou dans celle des praticiens. Mais la discipline du droit est indissolublement théorie et pratique. On ne saurait établir dans la science du droit une cloison étanche entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée.

Autant dire que les écrivains du droit ne doivent pas avoir pour souci exclusif de faire de la théorie pure. Il leur incombe également de ne pas méconnaître les besoins de la pratique. La même personne devrait pouvoir passer indifféremment de la recherche à la pratique et réciproquement. Une véritable osmose existe en vérité entre ces deux orientations car l'homme d'action doit faire des recherches théoriques pour résoudre le cas concret auquel il est confronté tandis que l'homme de réflexion a pour vocation de coordonner les cas d'espèce qu'il détecte dans la pratique. Faut-il rappeler que Rome n'avait pas séparé la fonction du Savant de celle du Praticien et que ce lien étroit entre théorie et pratique avait permis à la doctrine des juristes "les plus qualifiés" d'atteindre le firmament puisqu'elle fut, dès l'époque du Haut-Empire, une source formelle du droit romain ? Force est de reconnaître que c'est en exerçant des fonctions officielles autant que par un enseignement théorique que les Savants de l'État romain ont pu former et enrichir leur discipline. Une remarque analogue peut être faite dans la société internationale contemporaine où il n'y a pas vraiment deux groupes professionnels différenciés. Des universitaires de renom ont pu en effet harmonieusement combiner les activités de théoriciens et de praticiens en devenant juges à la Cour internationale de justice de La Haye, membres de la Commission du droit international des Nations Unies ou encore jurisconsultes internationaux indépendants sollicités par des gouvernements étatiques dans des affaires de la plus haute importance.

Quelles sont alors, en dernière analyse, les perspectives d'avenir des forces doctrinales académiques et finalisées ? Il est peut-être plausible de faire preuve d'un certain optimisme si l'on tient compte des propos précédents. La doctrine sera assurément plus influente dans son ensemble si elle conduit à terme son indispensable *perestroïka* tous azimuts. L'implosion létale du marxisme-léninisme en Europe de l'Est à la fin de la décennie "80" et d'une manière plus globale le reflux de l'idéologie et de la dictature sous toutes ses formes dans le Tiers Monde au profit de la démocratie libérale permettent également d'être plus serein.

Au moment où le droit international frappe de plus en plus fort à la porte d'une société mutante à l'aube du XXIème siècle et alors même que l'Assemblée générale de l'O.N.U. a déclaré, dans sa résolution 44/23 du 17 Novembre 1989, la période 1990-1999 "Décennie des Nations Unies pour le droit international", il est permis de penser qu'avance sur un terrain plus favorable que dans un passé récent —à même de lui permettre de jouer à nouveau un rôle éminent de nature à rappeler, sinon égaler, celui qui fut jadis le sien — "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations".

R.R.J. 1993-1
Pages 155 à 226

- IV -

PHILOSOPHIE DU DROIT

FORMES ET LIMITES DU POSITIVISME JURIDIQUE

Par

Jean-François NIORT
Allocataire de recherche Université de Paris I

"Il serait, enfin, opportun d'en terminer avec l'usage de plus en plus équivoque de la notion de "droit positif", qui tend aujourd'hui à recouvrir les acceptions les plus variées, sans qu'on les distingue suffisamment les unes des autres : droit posé, droit effectif, mais aussi droit en vigueur ou droit valable (1)". L'affirmation de Paul Amselek n'est guère contestable, même si sur ce point le couple "droit naturel" semble offrir encore plus de contingence (2) que celui de "droit positif" (3), mais hélas sans doute condamnée à rester longtemps encore dans le domaine du devoir-être, tant est grand l'enracinement de l'expression. Une telle polysémie ne concourra donc pas à clarifier le sens de ce que l'on pourrait entendre par "positivisme juridique", même si ces mots font inévitablement référence à un champ cognitif plus restreint que celui concerné par le concept de droit positif. Cet état de choses, particulièrement agaçant pour le juriste, ne doit cependant pas décourager les tentatives de clarification.

---

(1) P. Amselek, "L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique", in *Memoria del X Congresso mundial ordinario de filosofia del derecho y filosofia social*, vol. X, Mexico, 1984, p. 66.

(2) "Si l'on faisait le catalogue de toutes les significations qu'on a attribué au mot de droit et au mot de nature, remarque P. Rossi ("De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science", *Annales de législation et de jurisprudence*, t. 1, Genève, 1820, p. 389-390), on serait étonné du nombre et de la variété ! N'y en eut-il que dix pour chacun, on devrait déjà être effrayé du nombre des significations différentes que peut avoir l'expression éminemment complexe de droit naturel". A. Dufour retient, quant à lui, au moins une "quinzaine d'acceptions différentes de la notion de droit naturel" ("Droit naturel/droit positif" in *Vocabulaire juridique fondamental, Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 67. Michel Villey rappelle quant à lui (*Philosophie du droit*, Précis Dalloz, tome II, 2ème édition, 1984, p. 115) les 255 combinaisons possibles des mots droit et nature et la cinquantaine de sens sérieux des termes "droit naturel" recensés par Eric Wolf dans son *Das problem der Naturrechtslhere*.

(3) Rappelons brièvement, car notre propos n'est pas historique, que le terme "positif", du latin "positivus" ("qui repose sur quelque chose") et "positus" (participe passé de "ponere"), fut semble-t-il employé pour la première fois en français par J. de Meung en 1265, dans le sens de "certain", "réel", et n'acquit un sens intéressant directement le droit qu'en 1361, chez Oresme qui l'entend comme "établi par institution" (*Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Larousse, 1971, p. 588. Voir aussi *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Le Robert*, 1985, t. 7, p. 625).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il faut justement en rappeler une, parmi les plus récentes et les plus réussies, notamment à propos des termes "droit positif" (4) : Alfred Dufour propose effectivement, pour en dégager les différentes acceptions, un critère de classification lié à la notion de "positivité" (5), qui lui permet de distinguer trois catégories principales. La notion de positivité juridique peut d'après lui s'entendre en effet :

a) soit comme "ce qui résulte de la volonté d'un être de raison, qu'il s'agisse de Dieu ou des hommes". C'est dans ce sens - qui peut se subdiviser en sens objectif (loi) ou subjectif (faculté, pouvoir reconnu par la loi) - que l'expression droit positif fut utilisée par la scolastique médiévale, d'Abelard à Occam mais aussi par la pensée juridique moderne, tel Grotius dans son De Jure Belli ac Pacis qui substitue d'ailleurs comme summa divisio du droit objectif la bipartition aristotélicienne droit naturel/droit positif à la tripartition scolastique thomiste lex aeterna/lex divina/lex humana (6).

b) Soit, dans un sens toujours aussi volontariste mais plus spécifique, "comme ce qui est établi par l'autorité sociale compétente, en particulier l'autorité étatique", entendu également dans un sens objectif (loi) ou subjectif (droits). Cette notion de droit "posé" est "au cœur du conventionnalisme antique" des sophistes et des épicuriens, mais aussi du "positivisme étatique moderne, d'Austin à Jellinek et de Hugo à Bergbohm" en passant par Portalis (7) et Mourlon (8).

c) Soit enfin "comme réalité effective d'ordre factuel, que cette réalité empirique soit de nature sociale ou psychique", notion au cœur du "positivisme sociologique, de Jèze à Capitant et d'Ehrlich à Duguit", et du "positivisme psychologique", d'Hagerstrom à Ross (9).

Mais tous ces auteurs, loin de là, ne pourraient pour autant accepter le titre de "positivistes", c'est-à-dire partisan du "positivisme", dans une de ses significations actuelles. Nul doute qu'Abelard ou Portalis par exemple s'offusqueraient envers ceux qui qualifient le droit naturel de "cadavre" (10) ou de "harlot" (11). Mais alors, qu'est-ce que le positivisme juridique?

D'après Michel Troper (12), le terme "positivisme" (13) appliqué au droit peut s'entendre de trois manières différentes :

a) soit comme un "Mode d'approche du droit caractérisé par une distinction nette entre le droit réel et le droit idéal (...) et par la conviction que le droit dont les juristes doivent s'occuper est le premier et non pas le second (Bobbio)" dans le cadre le plus

(4) Dufour, *loc. cit.*, p. 67 et s.
(5) Terme créé en 1845 par Besch (*Nouveau dictionnaire étymologique et historique, op. cit.*, p. 589).
(6) Dufour, *loc. cit.*, p. 68-69.
(7) Nous nous permettons de rajouter le nom de cet auteur, qui développe en effet cette notion de positivité, notamment dans l'alinéa 3 de l'article premier du Livre Préliminaire du projet de Code civil de l'an VIII, et surtout dans son alinéa 6 : "La loi, chez tous les peuples, est une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet du régime intérieur et d'intérêt commun" (reproduit dans P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil* (1827), Paris, 1836, t. 2, p. 4).
(8) Dufour, *loc. cit.*, p. 69 et s.
(9) *Ibid.*, p. 70 et s.
(10) N. Bobbio, "Quelques arguments contre le droit naturel", in *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, 3, Paris, 1959, p. 189.
(11) A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1958, p. 261.
(12) M. Troper, "Positivisme", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction d'André-Jean Arnaud, Paris, LGDJ, 1988, p. 306-308.
(13) Ce terme n'est créé qu'en 1830 par A. Comte, et celui de "positiviste" l'est en 1834 par Boiste (*Nouveau dictionnaire étymologique et historique, op. cit.*, p. 589).

souvent d'une "philosophie empiriste, antimétaphysique (Ross)". "Dans ce sens l'idée générale du positivisme juridique est qu'il est possible de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature".

b) Soit comme une "Théorie du droit selon laquelle (les auteurs se rattachant au positivisme juridique admettant au moins une des propositions suivantes) :
- il n'y a pas de droit naturel et seul le droit positif existe (Ross)
- le droit est un ensemble de règles qui sont des commandements, un produit de la volonté humaine ou de l'autorité (...)
- ces commandements émanent du Souverain ou de l'État (Austin)
- ils sont assortis de sanctions, qui garantissent l'application du droit par la force
- ils forment un système fermé, complet et cohérent
- l'activité des juges est une activité logique car toute décision peut être déduite des règles préalablement émises par le Souverain, sans référence à des fins sociales ou à des règles morales."

c) Soit comme une "Idéologie, selon laquelle (sans que les thèses suivantes forment un ensemble solidaire et cohérent, certaines étant d'ailleurs incompatibles avec les autres) :
- le droit en tant que système, quel que soit son contenu, réalise l'ordre et la paix
- les règles du droit positif, quel que soit leur contenu, sont justes et doivent être obéies
- elles doivent être obéies non parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles sont juridiques
- les valeurs ne peuvent faire l'objet de connaissance, mais correspondent seulement à nos émotions, d'où il découle que toutes les valeurs sont également respectables et que le meilleur système politique est celui qui respecte le pluralisme."

Mais il faut rappeler, comme le fait Noberto Bobbio (14) que ces trois aspects du positivisme restent indépendants les uns des autres, le positivisme comme approche du droit n'entraînant notamment pas forcément l'adhésion aux sens b) et c) (15). Michel Troper juge bon de compléter cette remarque par deux observations complémentaires :
- "il n'y a pas de rapport nécessaire entre les diverses propositions de la théorie du droit appelées "positivistes", ni bien sûr entre les différentes idéologies positivistes
- on ne peut cependant pas nier "l'existence de rapports entre certaines propositions des théories du droit appelées "positivistes" et certaines idéologies positivistes, ni entre certains principes méthodologiques du positivisme et certaines propositions des théories du droit positivistes" (16).

C'est notamment à partir de ces importantes considérations que de nombreux auteurs ont présenté leur classification des juspositivismes. Alors que, dans une perspective très synthétique, Alfred Dufour propose de distinguer les trois grands courants positivistes en droit ayant exercé "une influence majeure sur l'histoire du droit et de la pensée juridique", c'est-à-dire un "**juspositivisme conventionnaliste antique** (des Sophistes et des Cyniques, d'inspiration

(14) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, ed. di Comunità, 1972, p. 104.
(15) Voir dans le même sens M. Waline, ("Positivisme philosophique, juridique, sociologique", Mélanges *Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 517-540), qui présente Carré de Malberg et Ripert de telle manière qu'ils ne se retrouveraient pas dans les sens a) et c) dégagés par M. Troper, mais seulement dans le sens b) (p. 533).
(16) Troper, *loc. cit.*, p. 308.

sceptique)", un "**juspositivisme volontariste médiéval** (d'Occam et de ses disciples nominalistes, d'inspiration théologique)", et un "**juspositivisme étatique moderne**, de Hugo à Bergbohm et d'Austin à Kelsen, d'inspiration philosophique)" (17), d'autres auteurs ont proposé des distinctions qui, comme notre étude, sont centrées sur la période moderne.

a) La classification de Wilfried Ott, par exemple, est construite autour de la différence entre :

- "d'une part un **juspositivisme étatique**, identifiant la positivité du droit à l'établissement de prescriptions par l'autorité étatique, et prenant les formes soit de la jurisprudence analytique, identifiant le droit à l'ordre donné, soit du positivisme légaliste de Bergbohm, identifiant le droit à la loi, soit du positivisme normativiste de Kelsen, identifiant le droit à l'ensemble des normes à la fois valides et efficaces ;
- d'autre part un **juspositivisme psychologique**, identifiant la positivité du droit aux faits de conscience, et prenant les formes soit des théories allemandes de la reconnaissance, de R. Laun à G. Jellinek, soit du réalisme juridique scandinave de l'École d'Uppsala à Alf Ross ;
- enfin un **juspositivisme sociologique**, identifiant la positivité du droit à la réalité sociale, d'Ehrlich à Max Weber" (18).

b) Celle de Jean-Marc Trigeaud, encore plus récente, distingue un **volontarisme légaliste (Hobbes), un positivisme sociologique** (Comte), et un **positivisme formaliste** ou **normativiste** (Kelsen, Ross, Bobbio) (19).

c) Albert Brimo distingue, quant à lui, d'une part un **positivisme proprement juridique**, qui se subdivise en un positivisme exégétique, un positivisme analytique (Austin et Bentham puis Salmond et Gray), un positivisme pragmatique (illustré par James et Dewey, puis Holmes et Frank), et un positivisme logique (Hart) ; d'autre part un **positivisme étatique**, apparu dans la doctrine allemande de l'État (illustré par Jellinek, Zorn, Labrand et Carré de Malberg) (20).

d) La classification proposée par Marcel Waline va, quant à elle, nous permettre de faire le point sur un prégnant et intéressant problème : cet auteur, comme le fait Albert Brimo, **différencie en effet radicalement le positivisme juridique**, qu'il rattache à l'histoire du droit moderne et notamment aux processus de codification (21) et dont Carré de Malberg est le "principal représentant" (22), **du positivisme philosophique tel qu'il s'est appliqué au droit**, en estimant que ce dernier, conduisant dans son orientation réformiste à dire ce qui doit être,

---

(17) Dufour, *loc. cit.*, p. 72.
(18) W. Ott, *Der Rechtpositivismus. Kritische Wurdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, 1976, p. 33-110, cité et traduit par Dufour, *idem*.
(19) J.M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 1992, p. 25 *et s.*
(20) A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pedone, 1967, p. 256-279. Sont donc exclus des "doctrines positivistes", selon cet auteur, d'une part les "doctrines sociologiques" (p. 190-216), et d'autre part le "normativisme kelsénien" (p. 279-306).
(21) A. Brimo développe cette idée en affirmant que le positivisme juridique existait déjà depuis longtemps avant Comte (que ce soit par exemple dans l'Antiquité ou chez les glossateurs du XIVème siècle, ainsi que chez des théoriciens tels Bodin, Bossuet et Machiavel, pourrions-nous rajouter - voir par exemple sur ce point J. Ghestin, *Traité de droit civil*. Introduction générale, Paris, LGDJ, 1990, p. 15 *et s.*) et que les positivismes exégétique, analytique, pragmatique, et surtout le positivisme étatique s'expliquent surtout par l'histoire, le mouvement de codification notamment (Brimo, *op. cit.*, p. 256 et s.). Voir aussi dans le même sens, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Turin, 1979, p. 54.
(22) Waline, *loc. cit.*, p. 525.

serait profondément éloigné de l'esprit du positivisme juridique, qui n'entend que décrire le droit posé et rien d'autre (23).

Cette dichotomie radicale est cependant niée par d'autres auteurs, tel Leszek Kolakowski (24), qui estiment que le réformisme comtien ne ressort pas du positivisme philosophique au sens strict, défini exclusivement par une attitude anti-métaphysique, anti-cognitiviste sur le plan éthique et empiriste, et que, dès lors, le positivisme juridique peut être présenté comme une simple application au droit du positivisme philosophique, au sens où le juriste "positiviste" n'examine le droit positif qu'en raison de sa volonté de construire une science positive du droit, le premier étant seul à pouvoir présenter des analogies avec un fait empirique (25).

Si certes Auguste Comte a préconisé une approche du droit dégagée de toute considération métaphysique (26), il est néanmoins bien difficile d'isoler comme non "positiviste", au risque de trahir sa pensée, l'aspect prescriptiviste qui s'y rattache, particulièrement d'ailleurs à propos des phénomènes sociaux, qui sont à la fois "les plus modifiables de tous et ceux qui ont le plus besoin d'être utilement modifiés d'après les rationnelles indications de la science" (27). Si le caractère fondamental de la philosophie positive est selon Comte "de regarder tous les phénomènes comme assujettis à des lois naturelles (non métaphysiques bien sûr) invariables" (28), donc si l'ambition de scientifisation est effectivement inhérente à la démarche comtienne, celle-ci ne se conçoit guère autrement que comme "une solution au problème social", qui permettra à la société ainsi instruite de se diriger (29). Et dans ce cadre où "le devoir-être de la société se déduit de la connaissance de son être", où "le jugement de valeur, loin d'être voué à la subjectivité, est à l'horizon du jugement de réalité (...) (et) donc nullement exclu du champ scientifique" (30), il n'est pas surprenant de voir un disciple de Comte inviter les juristes à se faire "sociologistes" pour, après avoir constaté que le droit est un fait social comme les autres, qu'il se développe "en suivant des lois qu'il est possible de déterminer" et auxquelles les lois juridiques

(23) *Ibid.*, p. 521-522. K. Bergbohm, qui n'a pas peu contribué au développement d'un "positivisme juridique" à la fin du XIXème siècle, avait déjà énoncé un point de vue similaire (voir notamment dans son *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 405, et ce qui en est dit dans A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 341 et dans Dufour, *loc. cit.*, p. 59 et 70).
(24) L. Kolakowski, *La philosophie positiviste*, Paris, Denoël-Gonthier, 1976, p. 58.
(25) Voir Troper, *loc. cit.*, p. 308, qui fait référence à Scarpelli et à Ross.
(26) L'âge positif et scientifique, conduisant à adopter en toutes choses décrites un "point de vue essentiellement relatif" qui entraîne conséquemment la contingence "de toute idée de bien et de mal" (A. Comte, *Cours de philosophie positive*, tome 4 (1839), Paris, Société positiviste d'enseignement populaire supérieur, 1893, p. 271-272), va en effet selon lui bouleverser la vision du droit, faisant voler en éclat la métaphysique individualiste, son "contrat social" et tous les dogmes révolutionnaires de la "doctrine des peuples", y compris par conséquent le jusnaturalisme (A. Comte, *Plan des travaux nécessaires pour réorganiser la société* (1822), présentation Angèle Kremer-Marietti, Paris, Aubier-Montaigne, 1970, p. 64-66). Rappelons que le terme "positivisme" est bien à l'origine créée par cette famille de pensée (cf. supra note 13), et que Comte entend comme positif, d'une part, conformément aux acceptions communes, tout ce qui est réel (opposé au chimérique), certain (opposé à l'indécis) - il semblerait d'ailleurs que ces deux sens soient originaires (cf. supra note 3) - précis (opposé au vague), utile (opposé à oiseux) et constructif (opposé au négatif) ; mais d'autre part, dans un sens général englobant tout ce qui est "relatif" (opposé à l'absolu), ou encore ce qui est "social" (opposé à l'individuel) (Jean Lacroix, *Sociologie d'Auguste Comte*, Paris, PUF, 1956, p. 50).
(27) Comte, *Cours de philosophie positive*, *op. cit.*, p. 276.
(28) M. Grawitz, *Méthode des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 7ème édition, 1986, p. 59.
(29) *Ibid.*, p. 103.
(30) Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 342.

devront se plier, conseiller le législateur et même se substituer à lui afin de rétablir "l'harmonie entre la loi et la réalité des faits" (31).

Il faudra attendre Max Weber et sa rupture épistémologique avec le naturalisme comtien et durkheimien (32), tel que l'a bien mise en valeur Raymond Aron (33), pour que soit reposé (34) le paradigme de l'irréductibilité des faits aux valeurs et affirmé celui de la neutralité axiologique de la science (35), impératifs qui sont certes ici communs au positivisme juridique "scientifique" (sens a) dégagé par Michel Troper).

Si par conséquent l'analyse de Marcel Waline et d'Albert Brimo paraît à cet égard devoir être confirmée, il nous faut dès lors considérer l'autre "branche" du positivisme qu'ils ont distingué. Ce positivisme purement juridique, produit de l'histoire du droit moderne, qui, notamment par le biais du processus de codification, semble avoir mis "le juriste savant au chômage" (36), apparaît dans les mentalités à partir de la révolution française, et on y voit une topique au sein de l'École de l'exégèse, tels un Mourlon (37), ou encore un Bugnet qui affirmait : "je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon" (38).

Il faut néanmoins reconnaître, outre le fait que la philosophie juridique du Code civil de 1804 est déjà manifestement moins "positiviste" que celle des années jacobines (39), que cette prétendue école (40) ne laisse pas de présenter des aspects prescriptivistes, en professant par exemple que "le Droit n'est pas tout entier dans la loi", et se situe "avant la loi" : la loi est descriptive du droit et l'interprète participe

(31) P. Alex, *Le positivisme et le droit*, Paris, Leroux, 1876, p. 28 et s.
(32) Le chef de file de la sociologie positiviste considère en effet comme non radicale l'hétérogénéité des jugements de valeur et de réalité, en affirmant que l'idéal n'est pas une échappée vers un au-delà mystérieux mais réside "dans la nature de la nature" en vertu de quoi la science et par conséquent la sociologie a prise sur lui (voir E. Durkheim, *Jugements de valeur et jugements de réalité* (1911), in *Durkheim, Sociologie et philosophie*, études réunies par C. Bouglé, Paris, PUF, 1974, p. 102-121).
(33) R. Aron, *Les grandes étapes de la pensée sociologique* (1967), Paris, Gallimard, 1991, p. 503 et s.
(34) Je dois cette préfixation à René Sève, qui m'a fait remarquer que la tradition chrétienne avait déjà affirmé l'irréductibilité des faits aux valeurs, irréductibilité que Comte tenta de dépasser grâce aux lois historiques. De ce point de vue, Weber revient en arrière...
(35) Voir par exemple M. Weber, *Essais sur la théorie de la science* (recueil), trad. Julien Freund, Paris, Plon, 1965, p. 131 et 413.
(36) F. Ost et M. Van Hoecke, "Perspectives épistémologiques de la théorie du droit", document 4ème Séminaire Erasmus de Théorie du droit, Bruxelles, 19-26 avril 1992, non publié, p. 1.
(37) "Pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe : le droit positif... On le définit : l'ensemble des lois que le législateur a promulgées pour régler le rapport des hommes entre eux" (F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le code civil*, tome 1, Paris, 1846, p. 3).
(38) Cité par J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924, p. 128.
(39) Sans parler bien sûr des convictions personnelles de Portalis, dont le projet de livre préliminaire nous donne un aperçu peu compatible avec un strict positivisme (Fenet, *op. cit.*, p. 3 et s. ; voir sur ce point l'ouvrage de compilation *J.-E.-M. Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, où sont cités de révélateurs passages de son *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIIIème siècle*, Paris, 3ème édition, 1834 ; voir aussi B Beignier, "Portalis et le droit naturel dans le code civil", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, N° 6, p. 77-101). Contrairement à la philosophie juridique des premiers projets de code civil, celle des années 1800-1804 est plus souple, pragmatique, empirique plutôt que rationaliste, veut s'inspirer assez fréquemment de Montesquieu et laisse au juge une (certes relative) autonomie interprétative indéniable, fort éloignée du fameux : "La jurisprudence, n'est autre chose que la loi" de Robespierre (voir mon étude, *Homo civilis. Recherches sur l'esprit du code civil français*, mémoire DEA science politique option philosophie politique, Paris I, dir. Philippe Raynaud, 1991, p. 199-209.
(40) Voir l'édifiant article de Philippe Rémy ("Éloge de l'exégèse", *Droits*, 1985-1, p. 115-123) qui s'attaque à la vision (classique) de cette époque comme cultivant un fétichisme légal et une discipline dogmatique : "Rien de plus étranger à l'esprit (des exégètes) que l'idée d'appartenir à une seule École", affirme cet auteur avant de reprocher à Bonnecase d'avoir recherché la doctrine exégétique dans les préfaces et non pas dans le corps des grands ouvrages de droit (p. 119 et 121).

d'une rationalisation de celle-là, avec, "comme le dit Marcadé toutes les trois pages à peu près", la liberté d'affirmer que le législateur s'est trompé. Le tout dans une vision assez factualiste des sources du droit (coutume, jurisprudence, doctrine, mœurs) et une ambition normative à cet égard, c'est-à-dire une volonté de rabattre le droit sur le fait (social), présageant en cela le juspositivisme sociologique français (41).

Peut-être serait-il dès lors plus opportun de distinguer un **positivisme français**, qu'il soit juridique ou philosophique, bâti sur une sorte de cognitivisme scientifique et partant, éthique (certes par le biais d'un naturalisme anti-métaphysique) et un **positivisme germanique** de type webérien (42), qui semble plus directement à l'origine, sans renier l'apport du positivisme philosophique au sens où le limite Kolakowski (cf. supra), du positivisme scientifique moderne, que l'on retrouve principalement sous la bannière du "réalisme", qu'il soit américain ou scandinave, et du courant kelsénien, quoique le philosophe autrichien, on le verra, s'en inspirera avec plus ou moins de succès.

Mais qu'en est-il du positivisme étatique ? Apparu dans la doctrine juridique allemande de l'État du XIXème siècle, il serait difficile de nier sa relation avec le développement des États-nations modernes, la politique bismarkienne et la théorie du Machtstaat (43). Et même si Hegel ne peut être directement considéré comme l'initiateur de cette approche, nul doute que son apologie de l'État, auquel il identifie le droit (44), aura constitué un milieu propice à l'éclosion de ce positivisme volontariste, étatiste, et axé sur une vision pénaliste du droit (critère de la sanction) (45).

Nous n'étudierons pourtant pas ce courant de pensée dans notre travail, notamment parce qu'il développe au niveau de la théorie du droit des positions très proches de celles de l'analytical jurisprudence, qui lui est historiquement antérieure et peut-être pas exempte d'influences à son égard (46), et aussi parce que plusieurs d'entre ses positions se retrouveront plus tard chez Kelsen (47).

---

(41) *Ibid.*, p. 122-123.

(42) Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 347 et *s.* Le positivisme scientifique allemand apparaissait d'ailleurs, dès avant cet auteur et dans une atmosphère anti-kantienne, plus radical que son homologue français, notamment en la personne de E. Mach (Grawitz, *op. cit.*, p. 59).

(43) Voir C. Colliot-Thélène, "Les origines de la théorie du Machtstaat", *Philosophie*, N° 20, 1988, p. 24-47.

(44) G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé* (1821), présenté, traduit et annoté par Robert Derathé, Paris, Vrin, 1975, notamment p. 258 et *s.* Mais d'autres auteurs contemporains vont cependant beaucoup plus loin, tel Charles-Louis de Haller (*Restauration de la science politique ou théorie de l'État social naturel opposé à la fiction d'un État civil factice*, 3 tomes, Paris, 1824-1830), juriste suisse très conservateur et dont les idées, que Hegel critiquera d'ailleurs, auront une grande influence dans le cercle du roi de Prusse Frédéric-Guillaume IV.

(45) Brimo, *op. cit.*, p. 265.

(46) Si on voit, d'une part, en Hobbes, précurseur de Bentham, un des premiers grands théoriciens moderne du volontarisme étatique, inspirant par la suite Rousseau, auquel Hegel reconnaît explicitement le "mérite", malgré le caractère "erroné" de son contractualisme, d'avoir "posé la volonté comme principe de l'État" (Hegel, *op. cit.*, p. 259 et 261) ; et d'autre part en Bentham lui-même l'inspirateur au moins partiel de grands auteurs allemands tel Ihering (M. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970, p. 401 et s.), maître de Jellinek.

(47) Kelsen qui fût l'élève de Jellinek (et de Weber d'ailleurs) (S. Goyard-Fabre, "La vie et l'œuvre de Hans Kelsen", *in La pensée politique de Hans Kelsen, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, N° 17, 1990, p. 9), et qui s'inspirera très largement de la culture juridique allemande (voir par exemple "Kelsen et le kantisme" (dossier), *Droit et société*, N° 7, 1987, p. 333), notamment à propos de ce qu'on appelle la "stufentheorie" (construction du droit par étage) (Brimo, *op.*

Mais justement, un autre positivisme juridique "historiquement" autonome ne pourrait-il pas être trouvé dans la tradition analytique anglaise ? Positivisme juridique et théorie analytique sont, en effet, selon Michel Troper, parfois employés l'un pour l'autre, spécialement dans les pays anglo-saxons, et même si la synonymie n'est pas totale - tous les positivistes n'emploient pas la méthode analytique (48) (Ross par exemple), et tous ceux qui utilisent cette dernière ne sont pas positivistes (c'est le cas de Dworkin selon Michel Troper (49) - il est vrai que la constante méthodologique de séparation du descriptif et du prescriptif, de l'"expository" et de la "censorial jurisprudence" (50) ou de la "science of Law" et de la "science of legislation" (51), l'impératif de neutralité axiologique associé au premier aspect, correspondent bien au sens a) présenté plus haut, et préfigurent dans cette voie (sans qu'on y trouve bien sûr une nécessaire et unique influence) les postulats webériens, même si les œuvres de Bentham et d'Austin ne sont pas tout à fait exemptes de ressemblances avec le positivisme comtien (52). John Austin est d'ailleurs parfois présenté comme le père du positivisme juridique (53), et son The Province of

---

cit., p. 266), avant de s'apercevoir des racines qu'elle avait elle-même en Angleterre, spécialement au niveau de la distinction être/devoir-être appliqué au droit (cf. infra).

(48) Définie au sens large comme "toute approche qui cherche à expliquer ou élucider les termes, les concepts ou les structures du droit en analysant les éléments et en montrant comment le tout est compréhensible comme ordonnancement cohérent des parties", et plus spécifiquement (car dans ce sens large il faut reconnaître qu'aucune approche philosophique ou théorique du droit ne peut faire l'économie d'un minimum d'analyse - de termes ou de concepts notamment -), comme l'approche du droit propre à un courant de pensée anglais appelé "Analytical Jurisprudence", dont on peut trouver le point de départ dans les œuvres de Bentham et d'Austin et les prolongements contemporains dans celles de H.L.A. Hart et de Joseph Raz (N. Mac Cormick, "Analytique (approche - du droit)", traduction A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 12-13).

(49) Troper, *loc. cit.*, p. 307.

(50) J. Bentham, *A Fragment on government*, in *A comment on the commentaries* (1928) *and A fragment on gouvernment* (1776), ed. J.-H. Burns and H.L.A. Hart, London, Athlone Press, 1977, fragments 397-398.

(51) J. Austin, *The province of jurisprudence determined* (1832), ed. Hart, London, Lowe and Brydone, 1965, Lecture 3.

(52) Outre que chez Bentham la séparation entre le descriptif et le prescriptif ne soit pas toujours aisée à réaliser (notamment à propos du principe d'utilité - cf. J.-F. Niort, *Ordre et Progrès. Jeremy Bentham et la sociologie*, mémoire DEA sociologie du droit, Paris II, dir. François Terré, 1992, p. 118-135 - tant le philosophe de Westminster participe de ce courant réformiste qui marque profondément la fin du XVIIIème siècle et le début du XIXème, il faut reconnaître que la démarche benthamienne rejoint l'antiméthaphysisme et l'antijusnaturalisme comtien, dans la cadre d'une commune optique empiriste. Comte a d'ailleurs avoué à John Stuart Mill que la doctrine de Bentham, "preuve sensible de la conformité naturelle de nos tendances intellectuelles, indépendamment de tout contact", constituait "une préparation immédiate à la positivité sociologique" (lettre du 20 novembre 1841, in J.-S. Mill, *Lettres inédites à Auguste Comte, avec les réponses de Comte*, introduction L. Lévy-Bruhl, Paris, Alcan, 1899, p. 7. J'ai tenté dans ma recherche précitée de préciser ces convergences). Mais Mill se défiera aussi bien du réformisme benthamien que comtien (J.-S. Mill, *Auguste Comte et le positivisme*, trad. G. Clémenceau, Paris, Germer Baillière, 1868, p. 133 et *s.*), en rappelant que "la base de la philosophie (positiviste) de M. Comte ne lui est donc nullement particulière : c'est la propriété générale du siècle", qui hérite à cet égard de l'œuvre de pionniers comme Bacon, Galilée et Descartes, telle qu'elle a été perfectionnée par Hume, Bentham et James Mill (p. 9 et 7). Voir également la présence chez Austin de l'idée "que l'étude positive des faits ne contredit pas l'éthique mais montre la réalisation, toujours à parfaire, du devoir-être dans l'être", entraînant par conséquent la liaison intime des sciences descriptives et normatives, in R. Sève, "La théorie du droit selon John Austin. Le positivisme juridique tel qu'il devrait être ?", *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, N° 13, 1988, p. 71-83.

(53) R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977). *New impressions with a reply to critics*, London, Duckworth, 3ème édition, 1981, p. 17.

jurisprudence determined constitue d'après René Sève "l'ouvrage de référence en (la) matière" dans le monde anglo-saxon (54).

Peut-être donc est-ce ici qu'il faudrait caractériser le plus nettement un "positivisme juridique" autonome dans le sens où l'entend Marcel Waline, quoique d'une part n'étant guère redevable d'une évolution du droit (la philosophie juridique dominante à l'époque de Bentham n'est ni "positiviste" ni codificatrice) et d'autre part s'inspirant explicitement des acquis d'une certaine philosophie (Hobbes, Hume) et ultimement de la science moderne (55).

Alors qu'une élucidation définitive de la question semble de toutes les façons pour le moins hypothétique, retenons plutôt dans tous les cas une préoccupation scientifique, qui a tendance d'ailleurs, comme le déplorent certains, à réduire l'objectivité au modèle exclusif de la science positivive (56), et qu'on retrouve aussi bien dans l'analytical jurisprudence que dans le juspositivisme sociologique (57), qui inspirera les différents "réalismes" juridiques (ces derniers étant bien des "positivismes", aux sens rappelés par Michel Troper) ou encore le courant kelsénien (58).

Mais la spécificité du droit comme objet d'étude a fait s'opposer les différentes conceptions de la science positive du droit, aux prises avec les deux impératifs contradictoires d'extériorité comme condition de l'objectivité et d'intériorité comme condition de l'exactitude (59), parfois présentés comme le rapport entre points de vue externe et interne (60).

Et dès lors que l'on s'accorde généralement à reconnaître à chacune des grandes doctrines positivistes une pertinence propre, malgré une plus ou moins grande partialité à l'égard de l'ensemble de la réalité juridique, on pourra utiliser plusieurs critères pour en présenter les caractéristiques et limites respectives, tels que l'aspect plutôt étatiste ou plutôt judiciariste, ou encore la dimension plus ou moins volontariste de l'approche du droit. Mais s'inspirant de ce qui a été dit plus haut, nous nous référerons à une distinction qui portera sur le **caractère normatif** ou non des divers positivismes (en tant que caractère inhérent à l'objet d'étude - le droit - et non

(54) Sève, *loc. cit.*, p. 71.
(55) Cf. El Shakankiri, *op. cit.*, p. 18, 23 ; Niort, *op. cit.*, p. 101 et s., 118, 125.
(56) Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 347. Sur cette crise du positivisme voir notamment P. Raynaud, *Max Weber ou les dilemmes de la raison moderne*, Paris, PUF, 1987, et notre conclusion.
(57) Nous n'étudierons d'ailleurs pas cette doctrine en tant que telle, parce qu'elle nous semble moins relever d'un juspositivisme au sens strict que d'une application de la méthode sociologique au droit. Les méthodes et les concepts de la sociologie du droit, ainsi que le rappelle Jean Carbonnier, ne diffèrent d'ailleurs pas spécifiquement de celles de la sociologie générale, les deux disciplines étant de "même nature". De plus, cet auteur regrette que la sociologie juridique ait tendance à se voir noyée dans la classification tripartite contemporaine sociologie des professions/sociologie des organisations/sociologie de la décision (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 19-21. Voir aussi J. Commaille, "Méthodes (de la sociologie du droit)", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 248-249). Il semble plus en rapport avec notre sujet d'étudier par contre des théories juridiques, telles que le réalisme juridique, qui ne font appel à des analyses de type sociologique que de manière secondaire, accessoire ou subordonnée à un autre "logos"...
(58) Des auteurs comme M. Atienza (réponse au questionnaire "Comment faut-il penser la philosophie et la théorie du droit aujourd'hui ?", *in Journal de l'Association des Étudiants et Anciens Étudiants en Philosophie du Droit de Paris II*, N° 2, avril 1992, p. 12-14) ou René Sève (*loc. cit.*, p. 74) semblent partager cette définition large du "positivisme juridique".
(59) Cf. Ost/Van Hoecke, *op. cit.*, p. 9, et F. Ost, "Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit", *Rechtstheorie*, N° 17, 1986, p. 89-110.
(60) H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1961), trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 1988, p. 114 et s..

pas en tant que fonction du discours scientifique, quoique nous verrons que la limite, contrairement aux souhaits des auteurs, n'est pas toujours nette). Ainsi reprendrons-nous les catégories proposées par Enrico Pataro (61), à savoir d'une part un **"empirisme réductionniste"** s'attachant à une vision volontariste (que ce soit la volonté du souverain ou des juges) et "non-normatitiviste" du droit, qui inspire les postulats de l'analytical jurisprudence et du réalisme américain (62), et d'autre part les **théories normativistes**, qui peuvent en général donner une explication plus satisfaisante de l'ensemble du phénomène juridique, mais qui s'opposent, tels le positivisme kelsénien et le réalisme scandinave (63), sur la question de la nature ontologique de cette normativité du droit.

À l'occasion de la présentation de ces quatre grands courants, nous feront état de quelques-unes des critiques que le professeur H.L.A. Hart, dans son "The concept of Law" (64) leur a respectivement adressées. Ceci pourra constituer une sorte de ligne directrice transversale dans notre étude, ligne que nous essayerons ultimement de faire déboucher sur un questionnement relatif au "positivisme juridique" propre à cet auteur.

Il est bien évident que nous ne prétendons nullement à l'exhaustivité, et notre propos se limitera à quelques topiques afférentes à la forme et aux limites des différentes doctrines positivistes envisagées.

Aussi présenterons-nous en premier lieu quelques réflexions autour de l'empirisme réductionniste (I) avant d'envisager celles qui concernent les théories normativistes du droit (II).

I. POSITIVISME JURIDIQUE ET EMPIRISME RÉDUCTIONNISTE
   1. L'ANALYTICAL JURISPRUDENCE
   2. LE RÉALISME AMÉRICAIN

II. POSITIVISME JURIDIQUE ET THÉORIES NORMATIVISTES
   1. LE NORMATIVISME KELSÉNIEN
   2. LE RÉALISME NORMATIVISTE

---

(61) E. Pataro, "Dimensions du savoir juridique et orientations philosophiques", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial anniversaire, 1988, p. 135-162, et "Validité et pouvoir", *in Droit et Pouvoir*, Études publiées sous la direction de François Rigaux, Guy Haarscher et Patrich Vassart, Bruxelles-Liège, Story-Scientia, 1987, p. 145-158.

(62) Quoique certains représentants du réalisme scandinave, comme Vihlem Lundstedt soient aussi considérés comme des antinormativistes (cf. Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 154, et "Réalisme II. Réalisme juridique scandinave", traduction Nicole Arnaud-Duc, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 344).

(63) Enrico Pataro propose de les nommer respectivement "positivisme juridique" et "réalisme normativiste" (Pataro, "Validité et pouvoir", *loc. cit.*, p. 145). Nous conserverions plutôt pour notre part les termes de "positivisme kelsénien" et de "réalisme scandinave", car la notion de "positivisme juridique", telle que nous l'envisageons principalement ici - c'est-à-dire dans son sens "scientifique" (sens a) rappelé plus haut) - sens commun aux quatre courants abordés, perdrait de sa dimension générique si nous la réservions à la doctrine du philosophe viennois. Cependant, pour marquer le point commun unissant ces deux théories juridiques, nous utiliserons les vocables de **"normativisme kelsénien"** (employé notamment par Brimo, *op. cit.*, p. 279) et de **"réalisme normativiste"** (Pataro, *loc. cit.*, p. 146)).

(64) Hart, *op. cit.*

I. POSITIVISME JURIDIQUE ET EMPIRISME RÉDUCTIONNISTE

1. L'analytical jurisprudence

On sait que la pensée juridico-analytique, initiée par Jeremy Bentham (1748-1832) et John Austin (1790-1859) (65), a fortement mis l'accent sur la nécessité méthodologique de la distinction entre description et prescription, être et devoir-être, distinction qui sera ensuite revendiquée par tout le courant analytique en philosophie (66). Comme l'exprime paradigmatiquement Austin : "the science of legislation (or of positive law **as it ought to be**) is not the science of jurisprudence (or of positive law **as it is**)" (67).

Cette attitude se fonde, chez les benthamiens, sur un anti-jusnaturalisme farouche et radical, que le fondateur de l'école utilitariste avait notamment exprimé lors d'une polémique fameuse avec son ancien maître Blackstone (68), et à propos des déclarations françaises des droits de l'homme : les termes de Raison, de Justice, de Nature et de Loi naturelle, de contrat social et de droits naturels sont rejetés avec vigueur, au titre de "sophismes", ou d'"entités fictives" (69). C'est plus généralement contre le subjectivisme (notamment cartésien) que Bentham vitupère, et particulièrement le subjectivisme juridique, qui ne peut conduire selon lui qu'à l'arbitraire et au désordre.

Et c'est dans le cadre de la recherche d'une position scientifique, objective, extérieure à l'objet, que le philosophe anglais opte pour l'Utilité, principe susceptible à ses yeux de servir de "mesure commune", de "tribunal universel" (70), et de nature à rendre possible la coupure épistémologique être/devoir-être. Bentham, et Austin à sa suite, désireront en effet **scientifiser** (71) l'approche du droit, aussi bien d'ailleurs au niveau de sa théorisation que de sa mise en application, inaugurant ainsi

(65) Bien que ce dernier ait laissé une trace plus importante dans l'histoire de la pensée juridique, il n'a guère innové par rapport à son illustre prédécesseur et maître, dont il a surtout formalisé et rationalisé la pensée juridique, au risque parfois de la radicaliser, comme nous en verrons un exemple plus bas. Premier titulaire de la chaire de Jurisprudence de l'Université de Londres (créée par les disciples de Bentham, réunis au sein de la "Société pour la diffusion des connaissances utiles", pour lutter contre le conservatisme des deux grandes universités traditionnelles anglaises) (E. Halevy, *La formation du radicalisme philosophique*, vol. 3, Paris, Alcan, 1901, p. 325 et *s.*), John Austin reprendra l'ontologie et la doctrine utilitariste du philosophe de Westminster, mais aussi ses définitions du droit et de la loi (El Shakankiri, *op. cit.*, p. 299 et s.), et sa théorie juridique générale (avec quelques nuances, notamment à propos du rôle créateur de droit du juge - Austin, *op. cit.*, p. 191).

(66) Tel un Bertrand Russell qui affirme que la philosophie a toujours pâti à travers son histoire d'un amalgame entre ontologie et axiologie, entre une réflexion théorique sur la nature du monde et une doctrine éthique ou politique sur le meilleur mode de vie : "le défaut de séparation assez claire entre l'une et l'autre a été la source de beaucoup de pensée confuse" (B. Russell, *A history of western philosophy*, London, Allen and Unwin, 1946, p. 863).

(67) Austin, *op. cit.*, p. 6.

(68) Notamment dans "A fragment on government", *op. cit.*

(69) J. Bentham, *Tactiques des assemblées législatives, suivi d'un Traité des sophismes politiques* (1791 et 1795), trad. Étienne Dumont, 2ème édition, Paris, 1822 (traduction très libre, mais par un fervent disciple), et *Sophismes parlementaires*, trad. Elias Regnault, Paris, 1840. Pour des développements en français sur la critique benthamienne des "sophismes", voir Niort, *op. cit.*, p. 34-60.

(70) J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, vol. 1, Paris, Bossanges frères, 1802, p. 11.

(71) Même les termes d'"Art of legislation" doivent être pris chez Bentham, qui pense pouvoir importer le modèle mathématique dans les sciences sociales, dans le sens de science appliquée (cf. J. Bentham, *Œuvres*, trad. et présentation Étienne Dumont, vol. 3, Bruxelles, Hauman, 3ème édition, 1840, p. 316-317, et El Shakankiri, *op. cit.*, p. 275.).

en la matière une attitude non-axiologique et critique (72), axée sur l'utilisation de la méthode analytique (73).

Mais si, au-delà de ses dérapages (74), le mode d'approche du droit de l'analytical jurisprudence est bien "positiviste" (sens a) dégagé par Michel Troper), il en va de même de sa doctrine juridique. Celle-ci correspond en effet aux thèses qui forment le positivisme juridique théorique selon ce dernier (cf. supra). "L'empirisme réductionniste" dont parle Enrico Pataro (75) à ce propos, se caractérise par une réduction du phénomène juridique à une réalité empirique sociale : le droit n'est que l'expression d'une volonté (fait humain empirique). Plus précisément, il est possible de présenter succinctement le "modèle" théorique du droit selon Bentham et Austin de la manière suivante : une règle de droit (une loi positive) n'est autre chose qu'un assemblage de signes déclaratifs d'une **volonté** relative à une ou des conduites humaines, émise par un **souverain** (ou les organes qui lui sont subordonnés en obéissance), c'est-à-dire une personne ou un corps de personnes à qui la majeure partie de la population du territoire concernée à l'habitude d'obéir et qui lui-même a l'habitude de n'obéir à personne, à l'égard de ses sujets, et qui s'exprime sous la forme d'un **commandement** (une prescription de conduite assortie de sanctions) (76).

Plus laconiquement, Austin définit le droit positif (positive law) comme "le droit établi par des supérieurs politiques envers des inférieurs" (77). L'efficacité de ces commandements, c'est-à-dire l'existence au profit du souverain de **la plus grande force matérielle**, est une condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait système juridique (78). Le droit est ainsi rabattu sur le fait, et, dans le cadre de cette doctrine étatiste, le pouvoir est identifié au droit, notamment au sens ou le souverain ne peut voir son pouvoir législatif juridiquement limité.

Ce modèle, bien que ne correspondant pas exactement aux thèses, plus subtiles on va le voir, de ses auteurs (79), a connu beaucoup de succès dans l'histoire de la théorie du droit contemporaine, mais a été attaquée par le développement d'autres doctrines positivistes et est maintenant l'objet de profondes critiques de la part des partisans de la méthode analytique en droit eux-mêmes, tel H.L.A. Hart, qui

---

(72) Bentham initie bien avant Kelsen une critique de l'idéologie juridique (Ost/Van Hoecke, *op. cit.*, p. 5), avec une telle ampleur et une telle rigueur que H.L.A. Hart ("La démystification du droit", *Actualité juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 94 et s.) n'hésite pas à le comparer sur ce plan à Marx.

(73) Voir par exemple Bentham, *Traités de législation...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 143 et s.

(74) L'utilité, certes parfois excellent instrument d'analyse, notamment sociologique, est souvent simultanément et confusément utilisée par Bentham (mais aussi par Austin) dans sa dimension prescriptive (cf. supra note 50). Les théories de ce dernier (dont il ne faut jamais oublier la dimension critique et polémique), bien que bâties en principe sur un empirisme revendiqué, subissent donc parfois une altération par rapport à la réalité, comme nous allons le voir maintenant. On a pu dire de Bentham qu'il pratiquait une sorte de "rationalisme empirique", dès lors qu'il cherchait une connaissance certaine déduite de principes dont l'origine réside dans l'expérience sensible (El Shakankiri, *op. cit.*, p. 143). Mais nous employons ici le terme d'empirique pour qualifier sa doctrine positiviste du droit.

(75) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 150.

(76) J. Bentham, *The limits of jurisprudence defined* (1782-89), ed. C-.W. Everett, New-York, Columbia University Press, 1945, p. 88, 101, 225 et s., et Austin, *op. cit.*, p. 13-22, 133-134.

(77) Sève, *loc. cit.*, p. 71.

(78) Bentham, *op. cit.*, p. 225 ; El Shakankiri, *op. cit.*, p. 265.

(79) Bentham et Austin ont été victimes de commentateurs et mêmes de disciples infidèles à la diversité et à la richesse de leur pensée (voir par exemple en ce qui concerne Austin : Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 285), même si celle de Bentham reste certes difficile à interpréter notamment du fait que, ayant publié peu d'ouvrages achevés de son vivant, il laissa expressément le soin à ses disciples de réaliser la synthèse de son œuvre (voir notamment G. Braive, "Jeremy Bentham. L'homme et l'œuvre", *Actualité juridique de la pensée de Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 12.

"peut être considéré comme l'adepte le plus récalcitrant mais le plus fidèle à Bentham" (80), dont il a voulu "corriger" le modèle théorique pour le rendre plus "acceptable" (81).

Hart a consacré presque tout un ouvrage à la critique du modèle impérativiste benthamo-austinien tel qu'il a été présenté plus haut (82), en tant qu'il ne saurait qu'imparfaitement rendre compte du juridique. Reprenant la métaphore du "bandit" utilisée par Austin pour exprimer l'idée de l'obligation juridique (au sens où la victime est menacée de quelque chose qui lui fait considérer comme moins préjudiciable pour elle de se plier aux ordres du bandit plutôt que de lui résister), Hart remarque que linguistiquement, Austin n'a pas distingué entre les notions d'ordre et de **commandement**, alors que ce dernier terme fait en principe référence à une situation plus structurelle, en rapport avec une organisation humaine hiérarchique et relativement stable dans laquelle est exercée une autorité sur les individus, et par conséquent inadaptée à celle du bandit. L'auteur prend dès lors le parti, pour respecter l'esprit (et non pas la lettre) de la pensée d'Austin et baser son analyse sur une définition élémentaire claire (ce qui n'est pas le cas du terme "autorité"), de s'en tenir à l'expression "**ordres contraignants**" ou "ordres appuyés de menaces", plutôt que "commandements" (83).

Hart remarque immédiatement que ce modèle simple est inadéquat pour expliquer les caractères de généralité et de permanence du droit, et l'"améliore" en conséquence ("ordres généraux appuyés de menaces émis par une personne généralement obéie"). Mais même ainsi, il reste trop proche de celui "d'une **loi pénale** édictée par le corps législatif d'un État moderne" (84). Hart remarque en effet qu'il existe des règles juridiques **non-impératives** qui confèrent des pouvoirs (à des personnes privées ou publiques) et qui ne sont donc pas réductibles à des ordres assortis de menaces. Ces règles présentent une "différence radicale de fonction" avec par exemple les règles de droit pénal, et par suite toutes les théories qui tendent à nier la diversité des règles de droit, notamment en rendant exhaustif le critère de la sanction et de la prescription de conduite, échouent à donner une explication satisfaisante du droit (85).

Mais le modèle ci-dessus peut aussi, d'après Hart, se critiquer au regard du **champ d'application** des règles de droit (l'acte de légiférer, à la différence de l'ordre du bandit, peut parfois obliger ses auteurs eux-mêmes) et à celui du **mode de formation** de celles-ci (tout le droit ne résulte pas forcément d'une promulgation, d'un "acte conscient de création") (86).

Le critère du souverain est également pour Hart insatisfaisant, l'habitude d'obéissance dont il bénéficie ne pouvant expliquer les phénomènes :

- de **continuité** du système juridique quand un législateur succède à un autre (l'habitude d'obéissance éventuellement acquise au profit du précédent ne pouvant

(80) El Shakankiri, *op. cit.*, p. 301.
(81) H.L.A. Hart, "Positivism and the separation of law and morals", in *Society, Law and Morality*, Englewood Cliffs, New Jersey, Printice-Hall, 1965, p. 463.
(82) Hart, *Le concept de droit, op. cit.*
(83) *Ibid.*, p. 35.
(84) *Ibid.*, p. 37-40.
(85) *Ibid.*, p. 44-57.
(86) *Ibid.*, p. 61-69.

justifier ni du droit de législation de l'actuel, ni d'une habitude d'obéissance en sa faveur, ses ordres ne seront donc logiquement pas des règles de droit)

- de **permanence** du système juridique, car on ne peut pas dire que longtemps après la mort d'un législateur, le respect de la règle de droit qu'il a édicté se conçoit uniquement en termes d'obéissance des sujets à son égard. Et la thèse inspirée de Hobbes (87) selon laquelle c'est en vertu d'un ordre tacite du souverain actuel (laissant ses tribunaux l'appliquer) que les règles de droit édictées par des souverains antérieurs perdurent et sont telles n'est guère vraisemblable (88).

Enfin, la postulation par ce critère d'une **illimitation juridique** du pouvoir législatif du souverain ne rend pas compte de la réalité dans de nombreux États modernes, alors d'ailleurs que cette illimitation n'est pas nécessaire à l'existence d'un système juridique indépendant (un corps législatif pouvant également être suprême tout en restant limité juridiquement) (89).

Et si, comme le font Austin et Bentham, on objecte en précisant que dans certains cas la souveraineté n'est pas exercée par une personne ou un corps de personnes mais par le corps électoral lui-même (90), alors on sort de la définition du souverain (puisque dans une démocratie moderne, il faudrait constater l'incohérence de la situation selon laquelle la "majeure partie" du peuple a l'habitude d'obéir à elle-même) et surtout on admet l'existence d'une **règle** acceptée et précédant le pouvoir juridique, selon laquelle la souveraineté est définie (91).

Ce dernier argument rejoint la critique majeure de Hart à propos de ce modèle impérativiste et volontariste : "les idées élémentaires d'ordre, d'obéissance, d'habitude sont inadéquates pour analyser le droit", alors qu'en revanche s'avère nécessaire "la notion d'une règle qui confère des pouvoirs, limités ou illimités, à des personnes qu'elle revêt d'une certaine compétence pour légiférer en se soumettant à une certaine procédure" (92).

Dans leur anti-subjectivisme et leur empirisme positiviste, les fondateurs de l'analytical jurisprudence, en quête d'une certaine neutralité scientifique, ont passé sous silence l'aspect **interne** des règles, leur dimension véritablement normative, qui fait qu'une règle (93) est différente d'une habitude (simple convergence factuelle de

(87) Voir en effet le chapitre XXVI de *Léviathan* (trad., intro. et notes François Tricaud, Paris, Sirey, 1983), p. 281 et s.
(88) Hart, *op. cit.*, p. 71-88.
(89) *Ibid.*, p. 89-94.
(90) Par exemple Bentham, *Sophismes parlementaires*, *op. cit.*, p. 255-257.
(91) Hart, *op. cit.*, p. 97-99. René Sève (*loc. cit.*, p. 73-75) rappelle cependant à juste titre la grande rigueur logique de l'illimitation juridique du souverain benthamo-austinien : le souverain est en dehors de la sphère de la loi positive, seule source du juste et de l'injuste (au sens légal), des droits et obligation juridiques, puisque c'est lui qui la crée. Dès lors, il se situe au delà des qualifications de légal/illégal, juste/injuste, et, par conséquent, ne peut avoir ni droit ni obligation juridique à l'égard de ses sujets. Tout ceci ne signifie pas qu'il dispose d'un pouvoir illimité en réalité, puisque pour Austin, la légitimité de la constitution est subordonnée au respect de la "moralité positive" (ensemble de règles admises par tout ou partie du corps social - l'opinion publique en quelque sorte - dont Bentham a été un des premiers théoriciens). Ce dernier soumet explicitement le pouvoir législatif, le droit donc, au contrôle du "tribunal de l'opinion publique" (par exemple Bentham, *Œuvres*, *op. cit.*, vol. 3, p. 32, 360) après avoir observé que l'histoire démontre l'intérêt qu'a le souverain de toujours faire en sorte que l'obéissance dont il dispose soit le plus possible volontairement consentie par ses sujets (ce qui rend les tyrannies extrêmement précaires) (*ibid.*, p. 34).
(92) Hart, *op. cit.*, p. 101.
(93) Ce terme est employé par Hart de manière synonymique à celui de norme, mais les auteurs anglo-saxons, dont ce dernier, préfèrent en général utiliser le terme de "rule" plutôt que de "norm" (voir M.

comportements) notamment par le sentiment des intéressés du caractère obligatoire de celle-ci pour eux-mêmes et le groupe social (94).

Même si le modèle critiqué par Hart (qu'il ne renie d'ailleurs pas complètement) est caricatural à maints égards, ce que ce dernier reconnaît d'ailleurs (95), l'absence chez les fondateurs de l'analytical jurisprudence d'une réflexion sur le caractère normatif du droit (et de toute règle sociale) ne peut guère être contesté.

Ainsi, et malgré la pertinence de nombreux autres aspects de cette théorie (96), elle ne semble pas en mesure de présenter une explication complète du phénomène juridique. Mais tel est aussi le cas d'un autre grand courant du positivisme juridique, non sans rapports avec celui dont nous venons de parler d'ailleurs : le réalisme américain.

2. Le réalisme juridique américain

Né au début du XXème siècle et vivace jusqu'aux années cinquante, le mouvement dit "réaliste" dans la science et la théorie du droit s'est surtout développé aux États-Unis, même si des auteurs d'autres pays peuvent y être rattachés (97).

Prenant la relève de la "sociological jurisprudence", il a principalement comme précurseurs le juge Oliver Wendell Holmes (1841-1935) et le professeur John Chipman Gray (1869-1915), et comme fondateurs Jérôme Frank (1889-1957) et Karl Llewellyn (1893-1962) (98).

Or, malgré les apparences, cette théorie "réaliste" du droit n'est pas sans rapports avec l'analytical jurisprudence. Certes, "l'analyse" est quelque peu délaissée

---

Jori, "Norme", trad. Nicole Arnaud-Duc, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *op. cit.*, p. 267).

(94) Nous reprendrons cette notion de norme chez Hart dans la dernière sous-partie de ce travail.

(95) Outre le fait que nous avons nous-mêmes omis de présenter certains raffinements, distinctions et variantes de la théorie discutée par Hart, ce dernier avoue avoir utilisé un procédé didactique "qui consiste à prendre des positions paradoxales ou outrancières dans le but de souligner des vérités négligées" (Hart, *op. cit.*, p. 281) et rappelle dans ses notes que le modèle qu'il a élaboré diffère partiellement de la doctrine d'Austin (*ibid.*, p. 284-285), - qui certes n'est pas toujours très fixe - sur des points importants, tel l'acceptation de considérer l'existence de règles de droit déclaratives et permissives, ce que Bentham avait d'ailleurs aussi relevé en distinguant entre règles "cœrcitives", "permissives" et attributives de pouvoirs et/ou de compétences (El Shakankiri, *op. cit.*, p. 270). Ce dernier, conscient par ailleurs des problèmes linguistiques liés à l'utilisation des termes "ordres" et "obéissance" (Hart, *op. cit.*, p. 284), avait sur bien des points une doctrine plus modérée (mais certes parfois changeante) que celle présentée ici (voir par exemple *ibid.*, p. 288). Rappelons aussi qu'il est l'instigateur de notions que reprendra Hart en les modifiant, telles que celles de règles "primaire" (ou "principale") et "secondaire" (ou "subsidiaire"), la deuxième créant un organe ou établissant une fonction juridique pour concrétiser et appliquer la première (qui elle prescrit des devoirs ou confère des droits) (Bentham, The limits..., *op. cit.*, p. 228 et *s.*).

(96) Par exemple la mise en valeur de la notion de commandement, de volonté, à la suite de Hobbes, par Bentham, représente une étape importante dans ce que Hart appelle la "démystification" du droit, car en prêchant que les lois ne sont que l'expression de la volonté humaine, une chose donc que "les hommes ajoutent au monde" et ne trouvent pas en lui, il met à jour une sorte d'"aliénation" juridique résultant de l'objectivisme scientifique du jusnaturalisme (qui voit le monde comme déjà ordonnancé et soumis à des lois que l'homme ne fait que découvrir et déclarer), et offre, avec ceci et l'utilisation de termes moralement neutres (comme justement "obéissance au gouvernement" plutôt que "maintien de l'ordre"), la possibilité de fuir les "définitions persuasives" en matière de théorie juridique et politique au profit du raisonnement, de l'expérience et de la description (Hart, "La démystification du droit", *loc. cit.*, p. 98-100).

(97) Tel Vilhelm Lundstedt par exemple, du moins en ce qui concerne son antinormativisme (Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 154.

(98) Voir sur ce thème la thèse de F. Michaut, *L'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse Paris X, 1985.

au profit d'un pragmatisme intuitif (99), mais on retrouve la réduction du droit à la réalité empirique, dans le cadre d'une démarche scientifisante qui se veut neutre et objective. Le réalisme juridique américain professe que le droit n'est pas autre chose que les décisions effectives des juges, et la science du droit a pour tâche de déterminer les principes généraux qui permettront une prévisibilité de ces décisions : "Les prophéties sur ce que les tribunaux feront en réalité, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par droit" (100). Pour Llewellyn par exemple, on peut transposer en la matière la méthode du calcul statistique pour établir une prévision des jugements d'appel et d'arriver ainsi à établir une "régularité raisonnable des décisions" (101).

En fait, on assiste à un déplacement complet du modèle benthamo-austinien, au sens où c'est maintenant le juge, et non plus le législateur, qui est perçu comme le créateur du droit positif. Il en résulte un glissement sémantique du terme droit positif, qui s'entend dès lors moins comme droit "posé" (la loi n'est qu'une source du droit) que comme droit "effectif" (102). Mais l'impression en la matière est que le

(99) Sur la défiance de la mentalité nord-américain à l'égard de l'idéalisme, du rationalisme et de l'abstraction, au profit d'une philosophie pratique et instrumentaliste, voir par exemple J. Dewey, "The Development of American Pragmatism, in *Twentieth Century Philosophy*, New-York, 1947, et W. James, *Pragmatism : A new name for some old ways of thinking* (1907), New-York, The american Pragmatists Meridian Books, 1960, vol. 105. Dewey a lui-même influencé les réalistes (cf. F. Michaut, "Réalisme I. Réalisme juridique américain", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 341). Françoise Michaut a récemment confirmé son point de vue dans une conférence au séminaire Théorie du droit et science du Centre de philosophie du droit de Paris II le 14 janvier 1992.

(100) O.-W. Holmes, "The path of law", *Harvard Law Review*, 1897, N° 10, p. 466. Kelsen ne sera pas sans remarquer et stigmatiser cette confusion entre droit et science du droit ; il contestera surtout la conception de la science comme activité de prédiction sur laquelle selon lui se fonde le réalisme américain : "On peut par ailleurs douter que les lois naturelles soient des prédictions de phénomènes futurs". Même s'il "est vrai que ces lois se confirment lorsque des événements futurs peuvent être prédits en se fondant sur elles, elles sont en premier lieu une "explication d'événements qui se sont déjà produits en tant qu'effet d'une cause donnée, indiquée par ces lois. Dans cette mesure, elles se rapportent au passé" (H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1961), trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 122). Il s'agit en fait d'un très vaste débat scientifique qui grosso modo, selon Robert Blanche, oppose ceux pour qui "l'aptitude à la prévision est le but dernier de la science", et ceux qui affirment, "plus fidèles à l'inspiration cartésienne, (que) le but dernier de la science est d'atteindre par-delà la prévision des phénomènes leur explication" (cité par Grawitz, *op. cit.*, p. 59). Il est vrai que le pragmatisme anglo-saxon, auquel nous venons de faire référence, a tendance à considérer la prédiction comme "l'un des buts ultimes" de la science (voir en l'occurrence pour l'écologie R.-M. May, "Le chaos en biologie", in *La science du désordre, La Recherche*, N° spécial, mai 1991, p. 591-593, qui poursuit : "sans qu'il soit nécessaire de comprendre les mécanismes biologiques de base, ni les interactions réelles qui sont en jeu"). Et si cette ambiguïté repose peut-être sur une confusion entre science d'une part, technique ou méthode d'autre part (mais la distinction est-elle aussi nette, surtout dans la réalité, et de plus ne définit-on pas souvent la science par sa méthode ?), reconnaissons néanmoins que des disciplines telles que les "sciences du désordre" sont bien obligées de privilégier la prédiction par rapport à la connaissance et à l'explication (voir notamment J.-P. Ekcmann et M. Mashaal, "La physique du désordre", et P. Thuillier, "La revanche du dieu chaos", *in La science du désordre, op. cit.*, respectivement p. 554-565 et p. 542-553). Il n'est peut-être pas sans intérêt de remarquer également que la position d'Auguste Comte se rapproche du premier courant signalé, et donc de la conception de la science sous-jacente à la démarche du réalisme juridique américain : "Toute science a pour but la prévoyance. Car l'usage général des lois établies après l'observation des phénomènes est de prévoir leur succession. En réalité, tous les hommes, quelque peu avancés qu'on les suppose, font de véritables prédictions, fondées sur le même principe ; la connaissance de l'avenir par celle du passé (...). La faculté de prévoyance, dans chaque individu, a pour mesure la science" (Comte, *Plan des travaux nécessaires..., op. cit.*, p. 146-147).

(101) K.-N. Llewellyn, *The Bramble Bush : On our law and its study*, New-York, Oceana Publications, 1930, p. 38.

(102) Gray considère comme positif le droit que suivent les tribunaux et réduit le droit au droit positif par la formule : "All the Law is judge made law" (J.-C. Gray, *The Nature and sources of the law*, New-York, Columbia University Press, 1909, sect. 191 et 276).

réalisme juridique américain, qui partage nombre de prémisses juridiques de type benthamien (103), ne fait que développer une logique déjà présente chez les fondateurs de l'analytical jurisprudence.

Bentham et Austin avaient, en effet, à la suite de Hobbes (104), posé l'idée que le véritable législateur n'était pas celui qui avait édicté la règle de droit, mais celui en vertu de l'autorité duquel celle-ci était actuellement en vigueur, c'est-à-dire appliquée par ses tribunaux. Cette idée, liée à la théorie du "commandement tacite", déjà évoquée plus haut, fût "judiciarisée" (105) en quelque sorte par le réalisme américain qui, après avoir relégué la loi dans le domaine des sources du droit, affirma que le véritable législateur était celui qui disposait d'une absolue autorité pour interpréter les lois, c'est-à-dire le juge (106). Cette judiciarisation se trouvait déjà en germe dans les œuvres des fondateurs de l'analytical jurisprudence, qui dans une recherche de la plus grande effectivité du droit, avaient remarqué que les lois ne sont pas assez proche de la réalité sociale pour recevoir une application directe et immédiate, et que pour "maximiser" (107) l'efficacité du droit, de simple agent d'exécution des ordres du souverain, le juge devait pouvoir prétendre passer à un rôle actif de création (108).

Mais surtout peut-on établir un autre parallèle entre ces deux courants, au niveau de la définition du droit et du devoir juridique compris comme la prédiction des chances ou des risques d'encourir une sanction. Dans une perspective encore plus "empirique" par volonté de neutralisme, le réalisme juridique professera que tout ce que le "bad man", son modèle anthropologique, désire savoir au sujet du droit, est exclusivement la prédiction de l'incidence de conséquences matérielles (bénéfiques ou néfastes) à son égard et non pas, comme le ferait le "good man", une **raison d'agir** (109). Cette perspective "désenchantée" s'inscrit dans le cadre d'un anti-moralisme vigoureux : Holmes voulait laver l'idée de devoir juridique, parce qu'elle s'était confondue avec celle de devoir moral, dans un "acide cynique", afin de séparer clairement et définitivement les domaines juridiques et éthiques (110).

Bien plus, c'est l'existence (ou en tout cas la pertinence de la prise en compte) de toute règle juridique qui sera remise en question par le réalisme (111). Ici donc, le

---

(103) Dans le cadre d'une anthropologie pessimiste (la fameuse perspective du "bad man" exprimée par Holmes), le droit est perçu, à la suite de la sociological jurisprudence (Michaut, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 341), comme une simple technique au service d'une finalité utilitariste et sécuritaire (El Shakankiri, *op. cit.*, p. 411), et toujours comme chez Bentham, il ne fait qu'arbitrer un conflit entre les intérêts des individus et groupes sociaux (O.-W. Holmes, "Law in science and science in law", *Harvard Law Review*, 1899, N° 12, p. 460).

(104) "Le législateur en effet n'est pas celui par l'autorité de qui les lois ont été faites à l'origine, mais celui par l'autorité de qui elles continuent maintenant d'exister comme lois" (Hobbes, *op. cit.*, p. 286).

(105) Surtout par l'intermédiaire de Gray (et Salmond en Angleterre) selon Albert Brimo (*op. cit.*, p. 261).

(106) Gray, *op. cit.*, sect. 276.

(107) On sait que Bentham est l'inventeur du mot.

(108) Bentham, *The limits...*, *op. cit.*, p. 255. Le dernier point est, comme nous l'avons dit, l'apanage d'Austin (*op. cit.*, p. 191).

(109) Holmes, "The path of law", *loc. cit.*, p. 460-461.

(110) Hart, *op. cit.*, p. 58-59 et 288.

(111) Le "rule septicism", surtout développé par Frank et Llewellyn, est la thèse antiformaliste selon laquelle "parler de règles constitue un mythe qui masque la réalité (on retrouve la volonté démystificatrice benthamienne), à savoir que le droit consiste simplement dans les décisions des tribunaux et la prédiction qu'on peut en faire" (Hart, *op. cit.*, p. 169). Llewellyn affirmait que "les règles sont importantes dans la mesure où elles vous aident à prédire ce que les juges vont faire. C'est en cela

réalisme américain nie non seulement l'existence d'une réalité normative ontologiquement différente de la réalité des faits, mais aussi toute incidence de notions normatives idéales (normes, droit, devoir) dans le fonctionnement du droit (112).

H.L.A. Hart a également critiqué, encore plus fortement que la précédente, cette théorie du droit, notamment d'une part au motif que "le fait de concevoir les règles juridiques comme des modèles de conduite ne nécessite pas leur identification à des modèles moraux" (113), et que d'autre part "le fait d'affirmer qu'il existe des décisions judiciaires ne peut être concilié de manière cohérente avec le refus de l'existence d'aucune règle" (114). Mais il a néanmoins reconnu à juste titre une pertinence importante du réalisme juridique américain au niveau de la mise en valeur du pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des textes juridiques (115), pouvoir existant dans tous les systèmes juridiques et permettant de "préciser des directives originellement vagues" ou de "résoudre les indéterminations contenues dans les lois" (ce que Hart appelle la "texture ouverte" du droit) (116).

Mais c'est surtout la "factualisation" du droit, qui dans le cadre de la constitution d'une véritable science juridique, a été combattue, et l'auteur principal à cet égard se nomme Hans Kelsen.

**

Résumons ici avec Enrico Pataro (117) les caractéristiques communes aux deux théories étudiées jusque-là, et réunies sous le vocable d'"empirisme réductionniste". Dans une vision anti-axiologique et neutraliste, le droit, simple réalité de fait, entièrement comprise, donc, dans le monde empirique, n'est que le produit de la **volonté** d'êtres humains en mesure de faire respecter par la force leurs décisions, que ce soit le **souverain** ou les **juges** (droit et pouvoir juridique sont donc confondus). Le droit valide est le droit **en vigueur**, c'est-à-dire non pas moralement obligatoire mais simplement respecté du fait de la **menace d'une sanction**, l'obéissance n'ayant donc ici aucune relation nécessaire avec le sentiment d'un devoir.

C'est justement cette dernière idée qui fournit la base de la principale critique dont ces théories, au-delà de leur pertinence (partielle) propre, puissent faire l'objet : ainsi que nous l'avons vu développée à plusieurs reprises par Hart, il s'agit de la constatation que seule une théorie normativiste est en mesure de donner une

---

que réside toute leur importance, mis à part le fait qu'elles constituent de beaux jouets" (Llewellyn, *op. cit.*, p. 9).

(112) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 154.

(113) Hart, *op. cit.*, p. 288.

(114) *Ibid.*, p. 169.

(115) C'est en vertu de cet accent mis sur l'interprétation judiciaire des règles de droit que le réalisme juridique américain révèle selon Françoise Michaut sont plus vif intérêt, au regard d'une part de la mise en valeur de l'intervention de principes extra-juridiques dans le processus juridictionnel et d'autre part, au travers d'une théorie originale de l'interprétation, de la reconnaissance du rôle d'adaptation, de modération ou de perfectionnement du droit positif que joue le juge, surtout en période de crise (Michaut, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 341-342). Si ce rôle est assurément moins développé dans les civilisations juridiques de droit écrit et légalistes, comme en France, l'apport du réalisme sur ce plan reste néanmoins essentiel.

(116) *Ibid.*, p. 168.

(117) Pataro, "Validité et pouvoir", *loc. cit.*

explication satisfaisante du phénomène juridique (118). Étudions-en donc les deux principales variantes, c'est-à-dire le normativisme kelsénien et le réalisme scandinave (le réalisme normativiste).

II. POSITIVISME JURIDIQUE ET THÉORIES NORMATIVISTES

1. Le normativisme kelsénien

Le qualificatif de "normativisme" nous paraît particulièrement bien adapté en l'espèce (119), tant c'est vraisemblablement à travers la prise en compte de la dimension normative du droit et la définition de la norme juridique que Hans Kelsen (1881-1973) aura le plus marqué la théorie juridique de son temps. Mais toute la démarche cognitive du juriste de Vienne fut dominée par un leitmotiv : ériger la théorie du droit au rang d'une véritable science. Tel sera principalement le but de la "théorie pure" qu'il publiera pour la première fois en 1934 (120), et c'est dès lors dans le cadre de cet objectif de scientifisation de la théorie juridique que nous aborderons rapidement la question de la norme chez Kelsen.

Le terme de "normatif" est bien sûr pour Kelsen à entendre dans le sens d'une propriété de l'objet étudié (le droit) et non pas d'une fonction de la science qui l'étudie. L'objet étudié est d'ailleurs délimité par cette ambition : "la théorie scientifique du droit ne peut porter que sur des droits positifs" (121). C'est en ce sens que la philosophe autrichien présente sa théorie comme une "théorie du positivisme juridique", dès lors qu'elle "entreprend de connaître le droit réel et le droit possible, et non pas le droit 'idéal' ou 'juste'". Refusant "d'apprécier le droit positif", au profit de l'étude de ce dernier "dans son essence", et compris par "une analyse de sa structure", c'est une théorie juridique "radicalement réaliste" qui s'affirme comme "une véritable science du droit" (122), donc comme une théorie "pure" du droit.

L'entreprise de "purification" (123) est très nettement annoncée dès les premiers mots : "théorie pure du droit, c'est-à-dire épurée de toute idéologie

(118) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 154.
(119) C'est d'ailleurs le terme par lequel on a coutume de désigner la théorie du droit de Kelsen (M. Troper, "Normativisme", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 264).
(120) Après avoir posé les bases de sa théorie dès 1911 (dans sa thèse *Hauptprobleme der Staatrechstlehre*, en français "Les problèmes fondamentaux de la théorie du droit public"), Kelsen en donnera une présentation plus consistante et systématique dans la première version de sa **Reine Rechtslehre (Théorie pure du droit)** en 1934 (traduite en français par Henri Thevenaz en 1953). Mais c'est dans la deuxième version de celle-ci, publiée en 1961 (1962 pour la traduction française par Charles Eisenmann aux éditions Dalloz), que Kelsen présente sa réflexion la plus achevée sur le sujet. C'est l'ouvrage que nous utilisons ici.
(121) Kelsen, *op. cit.*, p. 85.
(122) *Ibid.*, p. 148.
(123) L'emploi du terme "pur" n'est bien sûr pas sans relation chez Kelsen avec la pensée kantienne (voir sur ce point "Kelsen et le kantisme", *loc. cit.* ; S. Goyard-Fabre, "L'inspiration kantienne et Hans Kelsen", *Revue de métaphysique et de morale*, 1978, No 2, p. 204-233, et E. Kant, *Métaphysique des Mœurs. Ière partie : Doctrine du droit*, introd. et trad. A. Philonenko, préface de M. Villey, Paris, Vrin, 1971, p. 99, 103, 106), mais doit également être mise en perspective avec l'œuvre de Husserl (Brimo, *op. cit.*, p. 375-376), et aussi (entre autres) avec celles de Moore et d'Ayer (voir notamment sur ce point L. Sosoe, "Être et devoir-être dans la théorie pure du droit", *in La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, N° 9, 1986, p. 72, et les références faites à leurs œuvres dans la TPD.).

politique" (124). Kelsen s'insurge en effet contre la confusion entre droit et politique, et portera tous ses efforts pour établir une "saine séparation de l'une avec l'autre, c'est-à-dire la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils se présentent, en toute bonne foi, comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe" (125).

Par conséquent, la constitution d'une science véritable du droit, et l'impératif d'objectivité qui l'anime, implique une "auto-limitation" de son domaine : point de confusion entre "science juridique et politique juridique". Contrairement à l'opinion de la science juridique traditionnelle, "La science du droit est connaissance du droit ; elle n'est pas élaboration et fixation du droit" : les jugements de valeur, les appréciations critiques, les proposition de solution dont la doctrine juridique (qu'on appelle aussi la dogmatique juridique) est familière sont exclus du domaine d'une vraie science du droit, qui devra être purement descriptive (126).

Mais pour exister de manière autonome, la science juridique doit combattre aussi les "pseudo-sciences" du droit, qui, en commettant l'erreur d'appréhender leur objet au travers d'un discours scientifique et d'un appareillage méthodologique emprunté aux sciences causales de la société, manquent la spécificité du juridique, car pour Kelsen **les normes ne sont pas que des faits positifs.**

La sociologie juridique par exemple, si pertinente soit-elle par ailleurs, ne peut revendiquer le titre de véritable science du droit, car elle "ne met pas les faits positifs qu'elle doit saisir en relation avec des normes valables, mais en relation avec d'autres faits positifs, sous l'angle des rapports de cause à effets. Elle pose par exemple la question de savoir quelles sont les causes qui ont déterminé un législateur à poser précisément telles normes et non telles autres, et quels effets ces normes ont eus.(...) Ce n'est donc à proprement parler pas le droit lui-même qui constitue l'objet de cette connaissance, ce sont certains phénomènes parallèles de l'ordre de la nature." (127).

Ainsi, toute application d'un discours émanant d'une autre science sociale sur le droit (histoire, économie, science politique, anthropologie) ne saurait rendre compte de sa spécificité. La véritable science du droit "dirige son attention (...) sur les normes juridiques, et non pas sur les faits du monde extérieur", et qui plus est sur **la signification "objective" de ces normes**, c'est-à-dire en référence à un ordre juridique global qui en conditionne l'existence et la validité et non pas par rapport à leur signification "subjective", à savoir le sens associé à l'acte par la volonté humaine qui l'a posé (128). Le domaine de la vraie science du droit est "la

(124) Kelsen, *op. cit.*, p. vi.
(125) *Ibid.*, p. ix.
(126) *Ibid.*, p. ix et 100.
(127) *Ibid.*, p. 142.
(128) Kelsen pose à ce propos sa distinction fondamentale entre les deux sens du mot sollen : le sollen au sens subjectif fait référence à l'"acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui". "Celui qui ordonne, permet ou habilite veut, celui à qui le commandement s'adresse ou celui à qui est donnée la permission ou l'habilitation doivent" (Kelsen utilise ici de son propre aveu le mot sollen dans un sens plus étendu qu'habituellement, où l'on fait plutôt correspondre un 'a le droit de' à la permission et un 'a le pouvoir de' à l'habilitation, justement parce que "aussi bien que commander, une norme peut permettre, et en particulier, donner pouvoir"). "Mais tout acte (de volonté) de cette sorte ne possède pas objectivement, cette signification" (normative). "Ce n'est que lorsqu'il a objectivement aussi la signification d'un sollen (c'est-à-dire que quelque chose doit être) que l'on qualifie le sollen de

légalité propre et caractéristique d'une sphère de significations", significations objectives au sens de celles qui sont données à des actes humains "par le droit (...), selon le droit, en droit". Une personne qui pense subjectivement avoir établi son testament par exemple ne pourra voir la signification subjective de son acte coïncider avec sa signification objective que si objectivement, en droit, au regard des règles de forme notamment, il constitue un testament (129).

Notons ici le passage à une conception moins volontariste du droit, envisagé maintenant comme faisant aussi référence à une **réalité normative**, c'est-à-dire pour Kelsen de nature idéale, et à une prise en compte de la règle comme préexistante au pouvoir juridique (130).

La science du droit va, quant à elle, s'attacher à décrire les relations que les normes d'un système juridique (dont on sait le caractère hiérarchique et pyramidal chez Kelsen) entretiennent et surtout "les relations fondées par ces normes juridiques entre les faits sur lesquels elles portent" : il s'agit d'une "interprétation normative". Mais, répétons-le, ce caractère de normativité ne tient qu'à l'objet étudié, et non pas à la fonction recherchée par l'interprétation : de même que la science de l'éthique décrit par des "propositions" des normes morales sans nous prescrire une conduite déterminée, la science du droit émet des "**propositions de droit**" (Rechtssätze), c'est-à-dire des "des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique (...), si telles conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu", et qui en aucun cas ne "prescrivent" quelque chose, ceci étant la fonction des normes juridiques (Rechtsnormen) en elles-mêmes (131).

"Doivent" ; c'est le mot. Car Kelsen se veut réaliste : "l'assertion qu'une norme qui ordonne une certaine conduite (...) est "en vigueur" ne peut pas signifier que cette conduite a lieu effectivement". Voilà pourquoi, de par la spécificité du droit, on ne peut rendre compte de ses relations avec les faits et les comportements sur le mode d'une loi causale (si A est, alors B est aussi) et qu'on doit recourir à un principe explicatif particulier (et d'ailleurs depuis longtemps connu du droit) : le principe d'**imputation** (Zurechnung). Ainsi, de même que l'on peut dire qu'une sanction est imputée au délit, "alors qu'on ne pourrait pas dire qu'elle est provoquée par le délit comme un effet attaché à sa cause", Kelsen désigne par imputation "la connexion

---

norme". "La conduite que l'acte vise à déterminer est (alors) considérée comme devant avoir lieu, non plus seulement du point de vue de l'individu qui pose l'acte mais également du point de vue des tiers désintéressés" (*ibid.*, p. 6-7 et 10).

(129) *Ibid.*, p. 142-143 et 3. L'exemple est repris par Hart, quoique dans un sens un peu différent, ainsi que celui de l'ordre du "gangster" (Hart, *op. cit.*, p. 8, 45, et passim), qui déjà pour Kelsen n'est pas un acte créateur de norme car il "ne repose pas sur une (...) norme qui lui conférerait ce pouvoir". Ce dernier à cette occasion règle aussi avant Hart le problème, posé par la doctrine benthamo-autinienne, de la juridicité d'un acte après le décès du souverain qui l'a édicté (cf. supra), en affirmant que cette dimension objective de la norme la rend valable et obligatoire "même lorsque, dans la réalité, le vouloir qui signifie subjectivement un sollen a cessé d'exister (...), (et) alors même que l'individu sur la conduite duquel porte l'acte de volonté ne sait absolument rien de cet acte ni de sa signification, et est cependant considéré comme obligé ou autorisé à se conduire conformément au sollen de l'acte" (Kelsen, *op. cit.*, p. 11).

(130) Les faits qualifiés juridiquement reçoivent leur sens juridique "de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprété d'après elles". "On observera que les normes qui confèrent à un acte la signification d'acte de droit - ou d'acte contre le droit - sont elles-mêmes créées au moyen d'actes de droit, et qu'à leur tour ces actes reçoivent leur signification juridique d'autres normes" (*ibid.* p. 5).

(131) *Ibid.*, p. 99 et 97.

entre condition et conséquence exprimée dans la proposition juridique par le mot 'doit'" (sollen) (132).

Voilà aussi pourquoi selon Kelsen la véritable science du droit ne peut résider dans une démarche de "prédiction" de ce que seront les décision juridictionnelles ou législatives futures, tel que l'enseignent les écoles "réalistes" américaine (cf. supra note 100) et scandinave (cf. infra), en concluant dans une perspective causaliste que finalement le seul droit valable est le droit "efficace", c'est-à-dire effectivement appliqué. Outre le fait que "la mission de la science du droit n'est pas de prophétiser les décisions des tribunaux", Kelsen constate qu'en ramenant tout à des faits positifs (droit effectif), cette théorie manque la spécificité du droit (comme les autres théories causalistes, ainsi que nous l'avons vu plus haut) en l'amputant de surcroît d'une bonne part de son existence. "Validité et efficacité ne sont pas identiques. Pour qu'une norme juridique soit valable, il n'est pas nécessaire qu'elle soit efficace pleinement, il suffit qu'elle soit efficace, c'est-à-dire appliquée et obéie, jusqu'à un certain point. Il faut toujours qu'il puisse se faire qu'elle soit inefficace, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas appliquée ni suivie dans certains cas. C'est précisément en ce point qu'apparaît la différence entre loi juridique (entendue au sens de "loi" scientifique décrivant le droit) et loi naturelle." (133).

Mais alors qu'on ne saurait dénier toute pertinence à l'analyse kelsénienne, on pourrait néanmoins en attendre un plus complet aboutissement : car en effet l'expérience juridique quotidienne, et pas seulement française, nous apprend que la distinction entamée par Kelsen entre validité et efficacité doit être radicalisée : la seconde n'entre en rien, malgré ce qu'en dit le juriste autrichien, dans les conditions de la première, du moins lorsqu'on entend la validité, comme le veut Kelsen lui-même, uniquement par référence à des conditions "normatives" et pas "effectives" : si la vitesse limite de circulation n'était jamais respectée effectivement, la norme juridique qui la prescrit n'en demeurerait pas moins "valable" en droit, notamment en droit français qui on le sait ne reconnaît pas l'abrogation par désuétude....

D'ailleurs Kelsen semble se livrer à une autre confusion critiquable : "Dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains est valable, c'est affirmer qu'elle est obligatoire, que les individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit" (134). Le philosophe de Vienne résout par conséquent le problème du fondement de la force obligatoire du droit par une simple question de validité, car dès lors que "la validité objective d'une norme (...) ne peut résulter que d'une autre norme", qui en justifie ou permet la création, il suffit de supposer l'existence d'une norme fondamentale hypothétique (Grundnorm) prescrivant le devoir d'obéissance à la première norme juridique véritable (la constitution) et donc la rendant "valable", pour que toutes les autres normes juridiques, dérivées en cascade les unes des autres suivant les différents niveaux de la pyramide kelsénienne, soient obligatoires par le seul fait de satisfaire aux conditions nécessaires à leur validité (135).

Cependant, dès lors que l'expérience juridique quotidienne et l'étude empirique des systèmes de droit nous montre que la "validité" d'une norme n'implique en rien son caractère obligatoire (une loi peut-être juridiquement valable alors qu'elle n'est

(132) *Ibid.*, p. 107.
(133) *Ibid.*, p. 121-122.
(134) *Ibid.*, p. 255.
(135) *Ibid.*, p. 12, 255 et s.

pas entrée en vigueur, l'article 16 de la constitution française est juridiquement valable même quand il ne s'applique pas et n'est dès lors pas "obligatoire"), on doit constater, de ce point de vue, l'échec de l'ambition kelsénienne, puisqu'on est amené en suivant sa théorie à supposer à chaque étage de sa pyramide une norme "implicite" prescrivant d'obéir à la norme en cause (136).

La science kelsénienne du droit se ramène en effet ici à une simple tautologie : le théoricien juridique est réduit en toute "logique" à ne considérer objectivement les normes du système comme obligatoires qu'à la condition de supposer qu'on doit obéir au droit. Cet échec "scientifique" est néanmoins révélateur des limites du "positivisme juridique" (que Kelsen veut justement "théoriser"), dont Ripert remarquait, dès 1918, l'impuissance "à nous donner le mot de l'énigme et à nous révéler pourquoi et jusqu'à quel point nous devons obéir aux lois" (137). Mais Kelsen n'a pas vu selon Paul Amselek que cette question n'est pas du ressort de la science. Ce n'est pas "l'objectivité" du savant qui permettra d'y répondre : c'est un problème éthique ou philosophique qui n'a de sens que dans une perspective morale et idéologique (138).

Kelsen, qui justement, on s'en souvient, plaidait en faveur d'une "auto-limitation" du domaine de la science du droit, tombe dans l'erreur en voulant y maintenir la question de savoir "pourquoi une norme est valable, c'est-à-dire pourquoi des individus doivent se conduire de telle façon". Voilà de quoi en effet, étant donné la tautologie sus-mentionnée, légitimiter n'importe quel système juridique sous les apparences de la scientificité, et c'est bien plutôt parce qu'elle ne radicalise pas suffisamment la séparation entre droit et morale (139) et qu'elle cherche à fonder "scientifiquement" l'obéissance au règles juridiques que la théorie kelsénienne est critiquable.

En préconisant l'étude **exclusive** du droit positif, et sans recourir à des **jugements de valeur**, la doctrine kelsénienne est donc doublement positiviste (140). Mais ce qui vient d'être dit tend à la faire apparaître, malgré sans doute ses intentions, comme ressortant aussi d'une **idéologie positiviste** (141).

D'autre part convient-il de reconnaître à la scientificité même de la démarche kelsénienne une autre ambiguïté fondamentale. Kelsen se veut le fondateur d'une science respectant et atteignant l'idéal "d'exactitude". On a vu qu'hélas la pratique ne corrobore pas certaines importantes topiques de sa théorie, y compris d'ailleurs le principe de non-contradiction des normes juridiques (selon lequel deux normes contradictoires sont forcément dépourvues de sens et non valables (142). Et surtout, on reconnaît généralement que des propositions, pour mériter le nom de "scientifiques"

(136) Hart ne semble guère plus clair sur cette distinction quand il adopte le point de vue interne, mais cependant résout autrement, c'est-à-dire beaucoup plus empiriquement, le problème du caractère obligatoire des règles juridiques (Hart, *op. cit.*, p. 278).
(137) G. Ripert, "Droit naturel et positivisme juridique", *Annales de la faculté de droit d'Aix*, Nouvelle série, N° 1, 1918, p. 37.
(138) P. Amselek, "Les contradictions du positivisme juridique", *Revue internationale de philosophie*, fasc. 4, 1981, p. 473.
(139) Contrairement à la position d'Alain Renaut et de Lukas Sosoe qui laissent entendre le contraire en reprochant à la Théorie pure de trop séparer le droit d'avec la morale (Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 360 et s.), et qui, tout en semblant eux aussi confondre validité et obligatoriété, révèlent d'autre part une terminologie bien ambiguë en présentant la norme juridique kelsénienne comme un "jugement" "descriptif" (p. 357).
(140) Troper, *loc. cit.*, p. 265.
(141) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 148.
(142) Par exemple Kelsen, *op. cit.*, p. 102.

(c'est-à-dire entre autres justement pour être "exactes"), doivent faire référence à la réalité empirique, seule capable d'apporter un critère fiable de "vérificabilité" (143). Or les propositions de droit kelséniennes, qui ne font que décrire le droit et en ce sens "peuvent être vraies ou fausses" (à la différence des normes juridiques elles-mêmes qui ne peuvent être que valables ou non-valables) (144), ne concernent cependant pas la réalité empirique, mais une "signification objective" et abstraite. Il est dès lors illégitime d'utiliser l'appareillage méthodologique des sciences causales pour rendre compte d'une réalité artificielle ou symbolique, même au prix d'une référence à l'"imputation" (145).

C'est dans ce sens qu'Alf Ross, lui aussi préoccupé par la constitution d'une science positiviste du droit, réfute ce qu'Enrico Pataro appelle le "dualisme ontologique entre réalité de fait et réalité normative" (146) présent chez Kelsen, comme nous allons le voir dans la dernière sous-partie de ce travail.

**

Rappelons auparavant en guise de bilan que Kelsen apporte à la théorie juridique moderne une contribution importante concernant l'étude de la norme juridique, perçue non seulement comme un commandement mais aussi éventuellement comme une permission ou une habilitation, fonctionnant comme un "schéma d'interprétation" (147), et surtout dont le sens est détachable de l'acte de volonté qui l'a créé.

Et si par contre sa référence à une norme "fondamentale" ne clarifie guère les choses (148), il est un des premiers à lancer l'idée qu'une décision juridique individuelle (notamment un jugement juridictionnel) est autant une "règle" que les décisions générales et impersonnelles (149).

---

(143) Est scientifique la théorie dont les propositions portent sur des réalités observables susceptibles de vérification empirique. Du moins est-ce la position d'un Karl Popper, d'un Wittgenstein et du positivisme logique en général, dont Kelsen s'inspire. Voir par exemple les références à Shlick - *ibid.*, p. 23, 132, 141 - et à la logique : "les principes logiques peuvent être appliqués aux normes juridiques, sinon directement, du moins indirectement, en tant qu'ils sont applicables aux propositions de droit qui énoncent ces normes juridiques, propositions qui peuvent être vraies ou fausses (...) (et qui) peuvent rentrer dans de cadre d'un syllogisme logique" (p. 102). Mais Kelsen abandonnera cette position logiciste et le principe corrélatif de non-contradiction envisagé plus haut à partir de 1965 (Troper, *loc. cit.*, p. 265).

(144) *Ibid.*, p. 100. Bien que reconnaissant le caractère idéal des normes juridiques, Kelsen prétend "qu'il n'y a pas que les faits réels ou positifs qui peuvent être décrits : les normes juridiques aussi peuvent l'être. En particulier les propositions juridiques qui ne sont pas des impératifs (...) (mais) des jugements, des assertions relatives à un objet donné à la connaissance" (p. 110).

(145) Toutes ces critiques et d'autres sont reprises dans J.-F. Niort, S. Morisse et S. Ndiaye, "Kelsen ou l'introuvable science du droit", *La Vie Judiciaire* (à paraître en 1993).

(146) Pataro, "Validité et pouvoir", *loc. cit.*, p. 150.

(147) Kelsen, *op. cit.*, p. 4 et s.

(148) On pourrait dire que Bentham, qui lui aussi selon M. El Shakankiri, cherche à poser l'existence et l'exigence d'une norme "fondamentale" conférant au système juridique sa validité, est à cet égard plus clair que Kelsen quand il l'exprime en termes de sécurité (El Shakankiri, *op. cit.*, p. 14, 19, 255 et s., 265 ; voir en effet Bentham, *Traités de législation*, *op. cit.*, vol. 2, p. 9 et s.). Mais le philosophe autrichien consacre lui aussi de nombreuses réflexions au problème de la sécurité (notamment Kelsen, *op. cit.*, p. 2, 52 et s.) et annonce tout de même dans la dernière phrase de sa "théorie pure", comme s'il s'agissait de l'argument ultime de sa légitimité, que c'est l'interprétation scientifique qu'il défend qui est le plus a même de garantir réellement "le plus haut degré de sécurité juridique" (p. 463).

(149) Sur la réticence de la doctrine juridique française à utiliser le terme de règle en ce sens (voir en effet et par exemple J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969), Paris, LGDJ, 1988, p. 87), alors que le terme équivalent, norme, est maintenant accepté, et plus

Mais si Kelsen présente ainsi une définition non-volontariste et non strictement impérativiste du droit, il se rapproche des vues de l'analytical jurisprudence sur plusieurs points, comme il le reconnaît lui-même (150) : outre ce qui vient d'être dit à propos de la norme fondamentale et le fait que des auteurs tel que Mohammed El Shakankiri situent les prémisses de la pyramide kelsénienne chez Bentham (151), on peut noter **cinq convergences principales** :

a) comme on vient de le voir et ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, Kelsen adopte la méthode analytique et l'applique notamment à la définition du droit et de l'ordre juridique (152)

b) bien que la théorie kelsénienne du droit se veuille "réaliste", elle rejoint plutôt la conception du droit positif comme droit "posé" par l'autorité compétente que comme droit "effectif", et n'exige, comme la doctrine benthamo-austinienne, qu'une effectivité (Kelsen parle indistinctement sur ce point d'"efficacité" et d'"effectivité") minimale de la norme comme condition de sa validité (153)

c) cette théorie se rapproche également de l'analytical jurisprudence quand à sa vision d'un système juridique unitaire (154), étatique (155), sans lacunes (156), ou encore dans sa critique du subjectivisme juridique (157), du jusnaturalisme et du caractère idéologique du droit (158).

d) Enfin, notons la remarque d'Enrico Pataro, selon laquelle le normativisme kelsénien n'élimine pas toute référence à la volonté en soutenant que les normes juridiques émanent d'actes de volonté, même si elles en sont distinctes (159). Ce rapprochement avec les théories volontaristes du droit est peut-être à nuancer d'une part sur le point de savoir ce qui imprime un caractère proprement juridique à la norme (sa signification objective chez Kelsen) et le moment auquel elle l'acquiert (160), d'autre part sur l'élargissement de la notion de volonté au regard de la coutume (161).

---

généralement sur l'apport kelsénien à la théorie du droit, voir N.F. Kauffman, *L'héritage kelsénien en France chez Amselek, Troper, Virally*, mémoire DEA philosophie du droit Paris II, 1991, 84 p.

(150) "The orientation of the pure theory of law is in principle the same as that of so-called analytical jurisprudence. Like John Austin in his famous Lectures on Jurisprudence, pure theory of law seeks to attain its results exclusively by an analysis of positive law" (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. A. Wedberg, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1946, p. xv).

(151) Y compris la loi d'imputation (voir El Shakankiri, *op. cit.*, p. 18 et s., 267 et s.).

(152) Kelsen, Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 42 et s., 148, 254. Des auteurs ont d'ailleurs tenté un rapprochement entre la Théorie pure et le courant analytique (Mac Cormick, *loc. cit.*, p. 14).

(153) Kelsen, *op. cit.*, p. 13, 14 et s.

(154) Bentham, *The limits...*, *op. cit.*, p. 88 et s., 90-91 ; Kelsen, *op. cit.*, p. 299 et s.

(155) Bentham, *op. cit.*, p. 105, 228 ; Kelsen, *op. cit.*, p. 378 et s.

(156) Notamment du fait que dans les deux cas on se réfère au principe que tout ce qui n'est pas interdit est permis et que par conséquent toute conduite humaine est directement ou indirectement déterminée par le droit (Bentham, *op. cit.*, p. 105 ; Traités de législation, *op. cit.*, vol. 1, p. 352 et s. ; et El Shakankiri, *op. cit.*, p. 269. Kelsen, *op. cit.*, p. 20 et s. et P. Amselek, "A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit", in *La pensée politique de Hans Kelsen, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, N° 17, 1990, p. 119-146).

(157) Kelsen, *op. cit.*, p. 170 et s. (pour Bentham, cf. supra).

(158) Cf. supra. Bentham est très attaché à la notion de "pureté" dans la droit, aussi bien sur le plan idéologique que technique (Bentham, *op. cit.*, vol. 1, p. 358 et s.).

(159) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *op. cit.*, p. 152.

(160) De manière très différente du positivisme analytique qui suppose au contraire son existence constante comme condition de validité de la norme juridique, Kelsen estime que l'acte de volonté qui en est la source a cessé d'exister au moment où elle acquiert validité et entre en vigueur (Kelsen, *op. cit.*, p. 14).

(161) *Ibid.*, p. 13. Kelsen dit aussi "qu'une norme peut être autre chose que la signification d'un acte de volonté ; en tant que donnée significative, elle peut être aussi le contenu d'un pur acte de pensée.

e) Enfin convient-il de laisser la parole au professeur Hart dans sa critique de ce qui constitue sans doute un trait particulièrement commun au deux positivismes envisagés ici : **la définition du droit comme sanction.** Sans revenir sur cet aspect à propos de l'analytical jurisprudence (162), constatons chez Kelsen l'importance de celui-ci : il définit en effet l'ordre juridique comme un ordre social caractérisé par le fait qu'il "ordonne une certaine conduite précisément en attachant à la conduite contraire un désavantage, une peine au sens le plus large du terme" (c'est-à-dire qui consiste dans le retrait de certains biens tels que la vie, la santé, l'honneur, la liberté et les valeurs économiques). Une conduite ne peut être considérée comme juridiquement prescrite "que si et du fait que la conduite contraire est la condition d'une sanction stricto sensu". Le sollen de la norme est bien la sanction pour Kelsen, de même que cette dernière constitue le sollen de la proposition juridique, et "est essentiellement liée" à la notion d'obligation juridique (163). Dans sa forme extrême, explique H.L.A. Hart en citant Kelsen (164), cette position sera exprimée ainsi : "la règle de droit est la norme primaire qui institue la sanction". "Toutes les véritables règles de droit, en conclue Hart, constituent, dans cette perspective, des ordres conditionnels, adressés aux autorités, d'appliquer des sanctions". "Il n'existe pas de règle de droit interdisant le meurtre ; il existe seulement une règle de droit qui enjoint aux autorités d'appliquer, dans certaines circonstances, certaines sanctions à ceux qui commettent un meurtre". "De même, la règle qui détermine l'étendue des pouvoirs d'un tribunal apparaît comme une partie des conditions qui doivent être satisfaites pour qu'il puisse appliquer quelque sanction" (165). Après avoir distingué cette théorie du modèle (caricatural) austinien qu'il utilise et en avoir reconnu le mérite (166), Hart constate néanmoins leur similitude, au regard de cette vision impérativiste et pénaliste du droit, qui tend à adopter un modèle unitaire des systèmes juridiques (167), réduisant "la diversité apparente des règles de droit à une forme unique, considérée comme exprimant la quintessence du droit" (168).

Les belles perspectives ouvertes par Kelsen au regard de la notion de norme auraient sans doute pour Hart mérité un plus complet aboutissement. Ainsi ce n'est pas comme des "parties" de normes juridiques véritables qu'il faut envisager les règles de compétence ou attributives de pouvoirs, mais bien comme des normes à part entière (169). Et des normes parties intégrantes de la réalité empirique....Tel que le professe le réalisme normativiste.

Certaines normes sont voulues. d'autres sont simplement pensées, sans être voulues". Mais "celles-ci ne sont (alors) pas des normes posées, des normes positives". En fait, Kelsen semble réserver cette hypothèse au domaine de la morale ou de la norme fondamentale, qui n'est pas proprement juridique (*ibid.*, p. 13, 63, 255 et s.).

(162) Cf. supra. Citons encore quelques topiques telles que : dans le monde juridique, "it is upon punishment that every thing turns" ; et "Without punishment, no such thing as law, without a motive, no such thing as action" (Bentham, *The limits...*, *op. cit.*, p. 227 et 53).

(163) Kelsen, *op. cit.*, p. 35, 85, 109, 159.

(164) Kelsen, *General theory...*, *op. cit.*, p. 63.

(165) Hart, *op. cit.*, p. 54.

(166) Au sens où chez Kelsen le droit ne se constitue pas tant d'ordres appuyés par des menaces de sanctions dont on doit requérir l'application en cas de non respect que d'ordres donnés aux autorités d'appliquer des sanctions, ce qui ne rend pas nécessaire qu'une sanction soit prescrite pour la violation de chaque règle de droit. Ceci paraît plus réaliste aux yeux de Hart (*op. cit.*, p. 55).

(167) Cf. supra. On retrouve par exemple entre Bentham et Kelsen le même rapprochement entre droit public et privé, civil et pénal...

(168) Hart, *op. cit.*, p. 57.

(169) *Ibid.*, p. 56 et 69.

3. Le réalisme normativisme

Ce courant positiviste, qui s'est surtout exprimé au travers ce que l'on a appelé le "réalisme scandinave" et a été représenté notamment par des auteurs comme Axel Hagerstrom (1868-1939), Karl Olivecrona (1897-1980) et Alf Ross (1899-1979), mais aussi par H.L.A. Hart (170), peut être considéré comme **normativiste** au sens où il tend à considérer que seule la prise en compte de la dimension normative du droit peut être en mesure d'offrir une explication satisfaisante du phénomène juridique, et **réaliste** dans la mesure où il affirme que les notions idéales de norme, droit subjectif, devoir, ne se réfèrent pas à autre chose que la réalité sociale empirique, comprise ici comme des phénomènes psychiques relevant du domaine de l'être (171). Ross affirme que son objectif en déterminant la notion de droit n'a pas été "d'éliminer par l'esprit les idées normatives, mais d'en donner une interprétation différente, en les lisant pour ce qu'elles sont, à savoir l'expression de certaines expériences psycho-physiques particulières qui sont un élément fondamental dans le phénomène juridique" (172).

Comme nous l'avons déjà remarqué, cette attitude s'oppose au dualisme ontologique kelsénien entre réalité de fait et réalité normative, et constitue donc une vision moniste de l'ontologie juridique (173). Maintenant, contrairement à l'empirisme réductionniste, la distinction être/devoir-être, le réalisme normativiste **la situe néanmoins toute entière dans le "sein"** (174) et réduit le sollen au psychologique : les normes, le devoir-être juridique, sont des phénomènes de psychologie sociale (175). Les réalistes constatent que la croyance en l'existence de droit, croyance proche d'une sorte de superstition, a des conséquences bien réelles qui sont étudiables (176).

Comme l'explique Ross, s'il ne faut pas commettre l'erreur de concevoir le droit comme un pur fait, et éliminer par conséquent toute idée de validité, c'est-à-dire exclure de l'étude "l'élément spécifiquement juridique (...), l'élément original qui est proprement le critère décisif de cette partie de la conduite humaine qui constitue l'objet de l'étude de la science du droit" (177), il découle des postulats rappelés plus haut que la notion d'une validité normative objective des normes juridiques, telle que la défend Kelsen par exemple, est "erronée (erroneous)" parce qu'"impossible du point de vue de la théorie de la connaissance (epistemologically impossible)" ; elle ne cor-

(170) Selon Enrico Pataro, qui se livre d'ailleurs à un lumineux parallèle entre Hagerstrom et Hart dans un article "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 156 et s.). Il est vrai que Hart, malgré l'originalité de sa pensée par rapport à ce courant, originalité sur laquelle nous reviendrons plus bas, reconnaît et assume l'apport du réalisme scandinave quant à la définition de la norme (Hart, *op. cit.*, p. 23 et s., et 281).
(171) Pataro, *loc. cit.*, p. 154.
(172) A. Ross, Towards a Realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in law, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 49.
(173) Pataro, "Validité et pouvoir", *loc. cit.*, p. 150.
(174) Ross, *op. cit.*, p. 42 et s.
(175) Pataro, *loc. cit.*, p. 151.
(176) Ross, *op. cit.*, p. 78 ; E. Pataro, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 344. Gurwitch exprime une position assez proche lorsque, pour "dépasser l'opposition traditionnelle entre sociologisme (phénoménologique) et normativisme (idéaliste), il propose une vision "idéal-réaliste" du droit, différenciant, à côté du droit positif formel, un "fait normatif", un "droit positif intuitif" (le droit "social"), dont l'existence dépend du sentiment des consciences individuelles et collectives, qui considère ou non tel ou tel comportement comme obligatoire (Brimo, *op. cit.*, p. 391 et s.).
(177) Ross, *op. cit.*, p. 145.

respond qu'à la rationalisation de certains faits psychologiques, qualifiés d'"attitudes de comportement (behavior attitudes)", ou d'"impulsion à l'action (impulses to action)" (178).

Il sera dès lors possible d'émettre des propositions scientifiques relatives à la validité (179) d'une norme juridique, soumises au critère de la falsifiabilité (et ne faisant référence qu'au sein), c'est-à-dire pouvant être dites vraies ou fausses, dès lors que l'on pourra empiriquement constater ou non si la norme est ressentie comme socialement obligatoire (180).

Ce "réalisme", plus spéculatif et moins judiciariste que son pragmatiste et behavioriste homologue américain, s'intéressant notamment beaucoup plus aux concepts fondamentaux du droit (181), implique donc un anti-jusnaturalisme vigoureux, un antimétaphysisme très marqué (182), et manifeste en général la conviction selon laquelle il est possible de constituer une science du droit sur le modèle des sciences naturelles, une science du droit donc avaluative et dont les propositions sont vérifiables empiriquement (183).

Enrico Pataro retient **quatre thèses principales** de ce courant de pensée sur le plan de la théorie du droit (184) :

a) Comme nous l'avons vu, **les normes juridiques ne sont pas considérées ici comme des actes de volonté.** Il en résulte l'abandon d'une conception volontariste du droit, et la préexistence des règles sur le pouvoir (185).

b) **Les normes juridiques ne sont pas des ordres, des commandements.** Pour Hagestrom par exemple, une norme agit comme un "impératif indépendant" c'est-à-dire ne requiert pas de relation particulière entre l'émetteur et le récepteur, à la différence du commandement (186). Elle est reliée de plus à l'existence d'un sentiment de devoir, de la conscience d'une obligation (dont la validité générale est considérée comme allant de soi au sein du groupe social considéré) dans l'esprit du récepteur, qui conçoit la norme comme "ce qui est juste et

---

(178) *Ibid.*, p. 89, 91, 95, 77 et 81. Plus précisément il s'agit de la rationalisation de la croyance en l'autorité ou compétence de l'instance qui pose le droit, qui révèle une "attitude de comportement désintéressé", en opposition théorique (mais en concours en pratique) avec l'"attitude de comportement intéressé" que constitue la crainte des sanctions juridiques comme motifs de l'obéissance au droit (p. 80). Kelsen répond à ces objections dans sa Théorie pure (*op. cit.*, p. 282 et s.).

(179) Le professeur Ricardo Gostini, lors d'une conférence donnée sur "La théorie du droit comme science dans le réalisme scandinave" au séminaire Théorie du droit et Science du Centre de philosophie du droit de Paris II le 17 décembre 1992, précise le sens qu'il faut selon lui attribuer au terme "validité" chez Ross : contrairement à la traduction anglaise qui ne différencie pas ce point, Ross a dans son œuvre nettement opposé les notions d'une part de norme juridique valide, c'est-à-dire déclarée telle à la suite d'un jugement normatif (au sens de sollen, qui fonde l'obligation morale d'obéissance) rendu par un juriste dogmaticien, et d'autre part de norme en vigueur (existante), résultat d'un énoncé descriptif de la science du droit. Ce serait dans ce second sens qu'il faudrait entendre ce qui vient d'être dit à propos de la "validité" juridique.

(180) Pataro, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 344.

(181) *Ibid.*, p. 343.

(182) On connaît la devise d'Hagerstrom : "Praetera censeo metaphysicam esse delendam" (la métaphysique n'est qu'une combinaison de mots) (*ibid.*, p. 345).

(183) Ross, *op. cit.*, p. 48. On peut rapprocher le réalisme scandinave de la philosophie analytique et de l'empirisme logique à l'égard d'un même élan anti-idéaliste, sur le plan de l'antiméthâphysisme, de l'antisubjectivisme axiologique (Hagerstrom est proche des positions de la théorie émotive de l'éthique), et de l'analyse des concepts et du langage.

(184) Pataro, "Dimensions du savoir juridique...", *loc. cit.*, p. 155.

(185) Voir par exemple A. Hagerstrom, *Inquiries into the nature of Law and Morals*, ed. K. Olivecrona, trad. C.D. Broad, Stockholm, Almquist and Wiksell, 1953, p. 28-35.

(186) *Ibid.*, p. 120-121, 125, 193.

approprié" et exprime ce sentiment sur le mode indicatif (et non pas impératif) (187). Hart se rapproche beaucoup de cette conception de la norme, en expliquant notamment que la règle sociale implique un certain comportement considéré par le groupe comme "un standard général" (188) à suivre obligatoirement.

Opposant norme et habitude, Hart montre que la première se distingue de la deuxième en ce que sa violation donne lieu à critique, une critique considérée généralement comme "légitime ou justifiée", et, comme on vient de le dire, qu'elle impose la prise en compte de ce que Hart appelle l'aspect interne de la règle, à savoir que s'ajoute à l'aspect externe (comportement uniforme régulier) la conviction des intéressés que ce comportement constitue "un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble" (189). Dans la sphère juridique, ces standards, ces "règles primaires d'obligation", seront déterminés grâce à l'utilisation d'une "règle de reconnaissance" (la référence à un texte ou aux décisions judiciaires antérieures par exemple) (190).

c) **Les normes ne fonctionnent pas sur le modèle du calcul prudentiel**, c'est-à-dire, contrairement aux positions des trois autres grands courants étudiés dans ce travail, qu'elle ne sont pas obéies essentiellement en vertu de la crainte d'une sanction, mais plutôt eu égard à leur légitimité propre, impliquant l'idée du devoir dans la conscience des intéressés, en vertu de laquelle ils considèrent la sanction comme juste et la soumission à celle-ci comme un devoir (191), alors que la sanction d'un commandement n'est considérée, notamment dans le cadre de l'empirisme réductionniste, que comme un pur fait (192).

d) **Les normes juridiques ne sont pas non plus réduites aux décisions des juges.** Elles peuvent consister aussi dans les règles qui instituent et donnent compétence au tribunaux, et bien sûr dans les comportements prescrits par le droit que ceux-ci ont à faire respecter. Le juge occupe néanmoins une place primordiale dans la conception de Ross, puisque le critère de vérification de la "validité" juridique d'une norme réside ici dans son effectivité, c'est-à-dire son application par les tribunaux (193). Il s'en suit qu'un des rôles de la science du droit sera pour Ross de construire des hypothèses sur **l'idéologie juridique** du juge considéré, de manière à mieux prévoir ses décisions. Remarquons, à la suite du Professeur Gostini, dans sa conférence sus-mentionnée (cf. supra note 179), que de telles investigations demeurèrent, pour Ross lui-même, difficilement applicables, et qu'en pratique il faudra se contenter des indications obtenues, notamment par le biais de l'étude des décisions judiciaires elles-mêmes et de leur motivation, sur le **comportement externe** du juge.

Mais dès lors la théorie de Ross perd ainsi, tout au moins en pratique, de son originalité par rapport au réalisme américain et à son béhaviorisme : en mettant à l'instar de ce dernier (comme l'a rappelé plus haut Françoise Michaut) l'accent sur l'interprétation judiciaire, la théorie réaliste scandinave pourrait amener à considérer le

(187) *Ibid.*, p. 132 et s., 156-157 et 144.
(188) Cette expression n'est cependant pas rendue dans la traduction française du Concept of Law où est plutôt utilisé le terme de "modèle" (Hart, *op. cit.*, p. 78). Voir l'édition anglaise (Oxford University Press, 1967, p. 56 par exemple).
(189) Hart, *Le concept du droit*, *op. cit.*, p. 77-78.
(190) *Ibid.*, p. 116 et s., 120 et s., 127-128.
(191) Hagerstrom, *op. cit.*, p. 194.
(192) Hart, *op. cit.*, p. 108.
(193) Pataro, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 344.

juge **comme le vrai créateur du droit** (194). D'autre part, la dimension **prophétique** que la science du droit conserve ici a été critiquée, notamment par Kelsen comme on l'a vu, mais aussi par Hart, auquel nous allons longuement donner la parole : cette théorie "selon laquelle le fait d'affirmer la validité d'une règle revient à prédire qu'elle sera mise en application par les tribunaux (...) ressemble, à de nombreux égards, à l'analyse qui a été faite de l'obligation en termes de prédiction et que nous avons examinée et rejetée au chapitre précédent" (les positions du réductionnisme empirique). "Dans les deux cas, la vraisemblance de la théorie repose sur le même fait important ; ce fait consiste en ce que la vérité du jugement externe relatif au fait qu'un observateur pourrait constater, à savoir que le système est efficace de manière générale et a des chances de le rester, se trouve normalement présupposée par celui qui admet les règles et émet un jugement interne d'obligation et de la validité. Les deux sont certainement très étroitement liés. En définitive, dans un cas comme dans l'autre, l'erreur de la théorie est identique : elle consiste à négliger la caractère spécifique du jugement interne et à le traiter comme un jugement externe relatif à l'activité d'une autorité. Cette erreur apparaît immédiatement lorsque nous examinons la fonction que remplit, au niveau de la décision judiciaire, la propre affirmation du juge selon laquelle une règle particulière est valide; car bien qu'en émettant une telle affirmation, le juge présuppose également ici l'efficacité globale du système, sans l'affirmer explicitement, il est clair qu'il ne se préoccupe pas de prédire sa propre activité, ni celle d'autres autorités."

"Son affirmation selon laquelle une norme est valide constitue un jugement interne par lequel il reconnaît que la règle est conforme aux critères qui permettent d'identifier ce qui doit être considéré, devant son tribunal, comme étant une règle de droit; elle constitue, non pas une prédiction relative à sa décision, mais une partie des raisons qui l'ont amené à prendre cette décision (195)". C'est en réalité ce que Hart nomme "La règle de reconnaissance qui fournit les critères à la lumière desquels s'apprécie la validité des autres règles du système", et cette règle peut être qualifiée d'"ultime", au sens où il n'existe à son égard "aucune règle qui fournirait des critères pour apprécier sa propre validité juridique" (par exemple la règle selon laquelle ce que le Roi ou la Reine et le Parlement anglais édictent conjointement est du droit) (196). Notons ici que cette "rule of recognition" hartienne n'est pas sans rapports avec la "grundnorm" kelsénienne, au regard notamment de ses caractères ultime et implicite, mais aussi parce qu'"elle fournit le germe de l'idée de validité juridique" et unifie le système de droit (197).

Hart rappelle par ailleurs son hostilité à une vision des normes attributives de compétence comme des normes de conduite. Car si Ross affirme bien que les normes

---

(194) Idem.

(195) Hart concède une exception : celle où l'affirmation qu'une norme juridique est valide émane d'une personne privée (Hart, *op. cit.*, p. 133). Or on sait, ainsi que l'a remarqué Kelsen (Kelsen, *op. cit.*, p. 123) et que l'a confirmé R. Gostini (dans la conférence sus-mentionnée), que les conceptions des écoles réalistes sur ce point (qu'elles soient américaine ou scandinave) apparaissent à la limite comme une simple théorisation de la pratique juridique des avocats, ce qui expliquerait l'accent mis sur l'aspect prédictionnel...

(196) Hart, *op. cit.*, p. 132-135.

(197) *Ibid.*, p. 120 et s., 128 et s., et surtout p. 275 : "Kelsen insiste sur le fait que le droit international possède, et même doit posséder (...) une 'norme fondamentale', ou ce que nous avons appelé une règle de reconnaissance" (rule of recognition). Cette similitude n'avait d'ailleurs pas échappée à G. Fasso. (*Histoire de la philosophie du droit. XIXème et XXème siècles*, trad. C. Rouffet, Paris, LGDJ, 1976, p. 235 et s.).

de compétence ne prescrivent pas des devoirs, il conclut que ces normes sont néanmoins réductibles à des normes de conduite, dès lors que "les deux types de normes doivent être interprétées comme étant des directives adressées aux tribunaux", car ce sont "des normes de conduite sous une formulation indirecte" (198). Nous retrouvons ici une analyse qui a été constamment dénoncée par Hart tout au long de notre étude, c'est-à-dire la négation de la diversité des règles de droit et en l'espèce l'assimilation de toute règle de droit à une règle de comportement. Hart, utilisant la métaphore du jeu, insiste nettement sur la séparation théorique à opérer entre d'une part les règles impératives, visant à déterminer un comportement, fonctionnant sur un modèle pénaliste, et d'autre part les règles conférants des pouvoirs, d'une structure différente de celle d'un ordre appuyé de menaces de sanctions, et qui permettent de réaliser le "jeu" du droit, ce mécanisme de "coopération volontaire à l'intérieur d'un système contraignant" (199).

-

Terminons cette partie sur ce qui nous semble être une autre et encore plus significative originalité de la théorie de Hart par rapport à celle de Ross, et finalement au regard de celles de l'analytical jurisprudence, du normativisme kelsénien et du réalisme américain : alors que ces dernières se caractérisent par un très net antimétaphysisme (200), une haine du droit naturel, alors qu'elles "s'acharnent" toutes, comme le dit Françoise Michaut à propos du réalisme scandinave, "à dénoncer le droit comme idéologie" (201), Hart, quoique positiviste (202), ne répugne pas à mettre en perspective les liens entre droit et morale, et à utiliser pour sa théorie l'expression "droit naturel", en s'opposant à ce qu'il appelle le "positivisme juridique", c'est-à-dire "la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait" (203).

Ainsi détermine-t-il, s'inspirant de Hobbes et Hume, un "contenu minimum du droit naturel", un "noyau de bon sens inhérent à la doctrine du droit naturel", axé autour de **cinq grands types de règles** (204) que "toute organisation sociale doit comporter pour être viable", et qui "constituent en fait un **substrat commun** au droit et à la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont progressé jusqu'au

(198) Ross, *On law and justice*, *op. cit.*, p. 207, 33, 50.
(199) Hart, *op. cit.*, p. 44 et s., 237.
(200) Hart diagnostique l'approche prédictionnelle du droit comme la conviction chez les auteurs qui la défendent qu'il s'agit du "seul moyen d'écarter les interprétations de type métaphysique" (*ibid.*, p. 132), conviction tellement forte qu'elle débouche sur une sorte de réductionnisme rigide et quelque peu crispé.
(201) Michaut, *op. cit.*, p. 342.
(202) Il ne pose pas par exemple l'exigence d'un critère supra-positif de la juridicité, elle-même définie formellement...
(203) Hart, *op. cit.*, p. 224. Ou en d'autres termes "que le droit puisse avoir n'importe quel contenu" (*ibid.*, p. 239).
(204) Les règles motivées par : la vulnérabilité de l'homme (restriction des cas d'emploi de la violence) ; l'égalité approximative entre les êtres humains (abstentions et compromis nécessités pour la vie sociale par le fait d'une absence de supériorité radicale d'un être humain sur les autres) ; un altruisme limité (abstentions obligatoires nécessitées par tendances à l'agression et imparfaite résistance aux tentations diverses) ; les ressources limitées (organisation minimale de la propriété notamment) ; et l'intelligence et force de volonté limitées (manque de discernement du long terme et volonté inégale) (*ibid.*, p. 232 et s.).

stade où droit et morale sont distingués comme constituant des formes différentes de contrôle de la société" (205). En effet selon Hart, "pour décrire adéquatement non seulement le droit mais aussi un grand nombre d'institutions sociétaires, on doit réserver, en plus des définitions, et des jugements ordinaires de fait, une place pour une troisième catégorie de jugements : ceux dont la vérité dépend du fait que les êtres humains et le monde dans lequel ils vivent, conservent leurs traits caractéristiques" (206). Hart assume sereinement l'affirmation selon laquelle en général, "le droit suit normalement la morale" (207), et cette sérénité est peut-être ce qui fait de sa théorie positiviste du droit sans doute la plus séduisante de toutes...

-
--*-*

Ainsi en guise de conclusion pourrions-nous invoquer cette sérénité pour symboliser l'achèvement d'un processus de maturation du positivisme juridique, qui, trop longtemps "réactif" (208), a souvent grevé ses aspects "créatifs" d'un lourd environnement dogmatique et partial. Les efforts du juspositivisme pour se dégager de la matrice idéologique du jusnaturalisme (209) furent d'ailleurs imparfaitement couronnés de succès (210), et les errements de certaines doctrines positivistes (ou de la vulgate réductionniste qu'on en a retiré) sont sans doute au moins partiellement à l'origine du regain de jusnaturalisme qu'a connu cette fin de siècle (211).

Les quatre courants positivistes étudiés ici peuvent apparaître comme caractéristiques de ce qui vient d'être dit, et nous nous sommes attaché à faire ressortir ce "flux" volontariste qui, au-delà de sa pertinence propre, a obscurcit une dimension importante du droit, et ce "reflux" normatif, qui d'une réalité idéale a fini néanmoins par faire descendre la norme dans la réalité empirique, réconciliant enfin ce qui avait été auparavant séparé dans le cadre de perspectives sans doute trop radicales.

Une des impressions majeures à retenir à ce propos est peut-être la certaine unité qui ressort de ces quatre courants, non pas tant au niveau des solutions

(205) *Ibid.*, p. 232 et 238.
(206) *Ibid.*, p. 239. Hart reste donc empirique et relativiste (et par conséquent en cela positiviste) puisqu'il admet que les "truismes" qu'il a exposés ne constituent pas une "vérité nécessaire, car les choses pourraient s'être déroulées, et pourraient un jour se dérouler, autrement" (*ibid.*, p. 234).
(207) *Ibid.*, p. 240.
(208) On connaît les résistances auxquelles s'est heurté le positivisme benthamien, mais aussi à quel point les réalistes scandinaves ont eu a lutter contre l'hégémonie de l'idéalisme suédois de l'époque (Pataro, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 344).
(209) On trouve en effet déjà dans le jusnaturalisme, le volontarisme, le rationalisme déductif, l'accent mis sur la logique et la mathématisation, le système de "pedigree" dont parle Dworkin, etc... A. Dufour, en accord avec P. Amselek ("Les contradictions du positivisme juridique", *loc. cit.*, p. 470 ; "L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique", *loc. cit.*) et E. Pataro ("Dimensions du savoir juridique..., *loc. cit.*, p. 152), est convaincu que "le juspositivisme moderne (...) procède en fait directement (du) jusnaturalisme moderne" (Dufour, *loc. cit.*, p. 73).
(210) Ainsi l'échec de la tentative kelsénienne d'éviter de faire rentrer dans le champ scientifique la question du fondement du caractère obligatoire du droit (cf. supra), notamment au regard de la définition de la validité juridique comme signifiant que la règle est à la fois en vigueur et obligatoire moralement (Pataro, "Validité et pouvoir", *loc. cit.*, p. 148).
(211) Cf. par exemple Brimo, *op. cit.*, p. 394 et *s.* ; Hart, *op. cit.*, p. 248 et 302. Voir aussi le succès de l'œuvre d'un J. Rawls (*Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1987), et son projet "néo-jusnaturaliste modéré" (Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 444). F. Ost et M. Van de Kerchove ("De la bipolarité des erreurs, ou de quelques paradigmes de la science du droit", *Archives de philosophie du droit*, t. 33, *La philosophie du droit aujourd'hui*, Sirey, 1988, p. 177) ont d'ailleurs insisté sur le fait que la doctrine juridique a bien du mal à se défaire, en dépit de ses intentions, d'un jusnaturalisme latent.

doctrinales particulières, bien sûr, qu'à celui d'une certaine inspiration commune (212), d'influences réciproques (213) et de cheminements parallèles, avec des constantes comme l'analyse, l'antimétaphysisime, l'étude du langage (214) et même l'utilisation de métaphores, telle celle du bandit (ou gangster) (215). Et rien de mieux que l'ouvrage majeur du professeur Hart pour nous faire sentir a contrario les points commun du positivisme, Hart dont la pensée a l'ambition synthétisante a pu être justement présentée comme intersection "entre austinisme, kelsénisme et réalisme" (216).

Mais le leitmotiv le plus partagé du positivisme juridique, au sens où nous l'avons entendu ici, reste sans conteste l'obsession de **scientificité** (217), à laquelle en effet prétendent chacun des quatre courants. Nous avons constaté que cette ambition n'a été qu'imparfaitement satisfaite et a conduit parfois à de graves errements, comme chez Kelsen, ou l'a été au détriment de la correspondance de la théorie considérée avec la réalité juridique. Une recherche de scientificité qui prenait sa source dans une volonté d'objectivation de la connaissance, d'autant plus qu'était partagée la conviction "que la seule figure convenable de la rationalité et de l'objectivité est celle de la rationalité et de l'objectivité scientifique", "présupposé scientiste" que dénoncent les criticistes tant à l'égard du positivisme de type comtien-durkheimien, qui rabat "l'objectivité pratique (et notamment ici celle du droit) sur l'objectivité scientifique", qu'à l'égard de la tendance exprimée paradigmatiquement par Weber (dissociation radicale faits/valeurs) et qui "restreint (...) au domaine de la réalité positive le champ des énoncés susceptibles de se voir reconnaître une quelconque objectivité" (218).

Mais alors que, surtout après l'échec kelsénien sur ce point (219), la sociologie et la psychologie dominent la théorie juridique moderne (220), à tel point

---

(212) Par exemple l'accent uniformément et fortement mis sur la sanction socialement organisée comme critère du droit révèle-t-il la volonté de séparer absolument ce dernier de toute influence ou dépendance par rapport à la morale (voir notamment, pour Kelsen, Sosoe, *loc. cit.*, p. 80).

(213) E. Pataro affirme par exemple l'influence de Russell, tenant de la philosophie analytique, sur le cercle de Vienne et par conséquent sur Kelsen (Pataro, "Réalisme...", *loc. cit.*, p. 344).

(214) Il est frappant de constater que déjà chez Bentham on trouve une très profonde analyse du langage, et du langage juridique spécialement. C.K. Ogden s'intéressera par exemple beaucoup à ses travaux dans le cadre de la théorie émotive de l'éthique. Or cette préoccupation pour les mots, le langage et les concepts est générale dans le positivisme juridique. Et si Kelsen s'en approche considérablement quand il remarque que les "actes qui ont pour signification une norme peuvent être réalisés de façon très différente" (mots, gestes, symboles) (*op. cit.*, p. 9 et s.), Hart fait lui directement référence à la fructueuse Théorie des actes de langage (voir sur ce point J.-L. Austin, *Quand dire c'est faire* (1962), intro., trad. et commentaire Gilles Lane, postface F. Recatini, Paris, Seuil, 1991, et P. Amselek, (sous la direction de), *Théorie des Actes de Langage, Éthique et Droit*, Paris, PUF, 1986), et l'applique abondamment (Hart, *op. cit.*, p. 28, 63, 105 et s., 113 et passim).

(215) Qu'on retrouve au moins chez Austin, Kelsen et Hart (cf. supra).

(216) Fasso, *op. cit.*, p. 234.

(217) Sauf chez Hart, justement... Chez Kelsen par exemple, la philosophie du droit a tendance à se confondre avec la science de celui-ci (voir "Kelsen et le kantisme", *loc. cit.*, p. 333), à la suite d'un Merkel (Ost/Van Hoecke, *loc. cit.*, p. 2).

(218) Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 347 et s.

(219) Paradoxalement le point de vue kelsénien reste en théorie assez cohérent et séduisant (voir l'argumentation de M. Troper, "La doctrine et le positivisme", *Cahiers du Curapp*, PUF, 1989, p. 291-292).

(220) Sans parler du juspositivisme sociologique (on se souvient par exemple des mots de Gurwitch sur ce sujet : "le droit ne saurait être autonome ; il est hétéronome" - Brimo, *op. cit.*, p. 393 -), notons que Ross par exemple affirmait précisément que "le phénomène juridique doit être trouvé dans le domaine de la sociologie et de la psychologie" (Ross, *Towards a realistic jurisprudence*, *op. cit.*, p. 78). Ces mots sont presque identiques à ceux de Ayer à propos de l'éthique, qui en tant que branche de la

qu'on ne peut parler aujourd'hui de science du droit que si elle est "interdisciplinaire" (221), l'accent mis depuis notamment J.-L. Austin, par l'intermédiaire de Hart entre autres, sur l'étude du langage juridique amène beaucoup d'auteurs, sur les pas du fondateur de la théorie des actes de langage, à relativiser quelque peu la coupure entre faits et valeurs, objectivité et subjectivité, vérité et fausseté (222).

D'un autre côté assiste-t-on d'ailleurs à une remise en cause du modèle scientifique issu de l'empirisme logique et à une valorisation du caractère conventionnel et relatif de tout savoir (223).

Entre le point de vue **trop externe** des courants juridico-analytique et réaliste américain d'une part, et le point de vue **trop interne** du normativisme kelsénien d'autre part, la "sérénité" est en effet peut-être à découvrir et à cultiver du côté de cette approche souple, linguistique, combinant une sorte de point de vue "externe modéré", selon le projet hartien (224), c'est-à-dire prenant en compte aussi les sentiments des intéressés (225), même si cela se fait au sacrifice de l'"autonomie" de la science du droit. Sacrifice qui sera encore moins douloureux si on accepte de

---

connaissance n'est rien de plus pour ce dernier "qu'une branche de la sociologie et de la psychologie" (A.J. Ayer, *Language, truth and logic*, Londres, 1936, p. 168). Ayer, qui s'intéressait à la pensée benthamienne, n'a sans doute pas été sans remarquer l'importance de la psychologie et de l'approche sociologique dans sa théorie du droit. De plus, F. Michaut remarque que le réalisme américain (après la sociological jurisprudence), "a joué un rôle déterminant dans le développement de la sociologie du droit aux États-Unis" ("Sociological jurisprudence", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 379-380).

(221) Comme le dit F. Ost ("Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit", *loc. cit.*, p. 101), "Contrairement (par exemple) à la Théorie pure du droit, qui prétendait expliquer le droit par le droit, la science interdisciplinaire du droit tend à l'expliquer à l'aide de théories (sociologiques, économiques, psychologiques) qui lui sont extérieures".

(222) Cf. J.-L. Austin, *op. cit.*, p. 139 et s.

(223) En faisant notamment valoir le fait que les sciences de la nature ne décrivent pas des faits empiriques bruts, mais des représentations de ces faits, et qu'il s'agit ici moins d'une activité de contrôle empirique que d'une confrontation permanente entre théories rivales (Troper, "Positivisme", *loc. cit.*, p. 308). Voir aussi ce que l'on a justement appelé le "fondement contractualiste de l'épistémologie" chez Karl Popper (René Sève lors de la conférence du même titre qu'il a donnée le 23 novembre 1991 dans le cadre du séminaire Théorie du droit et science organisé par le Centre de philosophie du droit de Paris II), et l'accent mis en ce sens sur la notion de paradigme par Bachelard et surtout par T.-S. Khun, (*The structure of scientific revolutions*, Phœnix, Chicago University Press, 1962, et récemment *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, trad. M. Bienzuski, P. Jacob, A. Lyotard-May et G. Voyat, Paris, Gallimard, 1990), ce dernier amenant à une relativisation extrême des notions de vérité et de progrès scientifiques. Sur l'importance du paradigme dans la dogmatique juridique, cf. notamment F. Ost et M. Van de Kerchove, "Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique ?", *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, LXII, p. 227-251. Voir aussi les lignes écrites sur le thème "Paradigme linguistique et paradigme juridique" par F. Leroy-Forgeot et D. Hiez, dans le *Journal des étudiants et anciens étudiants de philosophie du droit de Paris-II*, N° 3, mai-juin 1992, p. 16-22.

(224) Qui n'est à cet égard évidemment pas sans rapport avec l'épistémologie weberienne (qui parlait d'"explication compréhensive"), puisqu'on peut exprimer ce point de vue externe modéré, ou "point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes", par "dialectique entre le paradigme de l'explication et celui de l'interprétation" (Ost/Van Hoecke, *loc. cit.*, p. 9. Voir sur ce sujet Ost, *op. cit.*, p. 96 et s., et aussi F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988).

(225) En France, J. Carbonnier a depuis longtemps affirmé la pertinence de cette méthode : si la sociologie du droit doit respecter une séparation radicale entre observateur et objet observé, analyser le droit "du dehors", le voir uniquement comme "phénomène", la spécificité de cet objet, le fait que "l'autorité est un élément ineffaçable du phénomène juridique" conduit la chercheur à "ne pas étudier les règles de droit en éliminant entièrement leur caractère obligatoire à l'égard de leur sujets naturels" (Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 22-23). Hart quant à lui est moins "sociologue" sur ce plan, et défère plus à une analyse de type "dogmaticienne" du droit, notamment quand il envisage les règles subordonnées et pose leur validité suivant des critères propres au système, retrouvant ainsi l'approche juridique classique (Hart, *op. cit.*, p. 127 et s.).

sortir du paradigme moderne mais dépassé raison théorique/raison pratique, non pas par la sanctification d'une raison technique et instrumentale toute-puissante et réifiante, dont le triomphe marque bien selon Adorno la condition contemporaine, mais par justement une critique de cette raison instrumentale visant à faire apparaître "l'autre aspect de la raison, qui fût réprimé dans le processus de modernisation : celui de la raison communicationnelle". Ainsi pourrait-on, selon Jean-Marc Ferry notamment redonner à la raison pratique (226) l'objectivité que le positivisme a eu tendance à lui dénier (227).

Il restera tout de même à maintenir fermement la distinction entre d'une part l'activité de la "dogmatique" (ou doctrine) juridique, activité pratique et "technologique" (228) qui a tendance à concevoir son activité comme prescriptive, normative, au titre de l'exercice d'une fonction d'autorité juridique, si ce n'est parfois au titre d'une source du droit, et par conséquent "se situe à l'opposé du positivisme" (229), et d'autre part la connaissance objective et avaluative du droit en vigueur et rien que celui-ci.

Mais si le positivisme juridique a bien ainsi montré ses limites, dont il est d'ailleurs en train de prendre conscience, il ne faudrait pas en nier la **pertinence**, l'**intérêt** (au sens par exemple où comme l'a dit Marcel Waline avant Noberto Bobbio (230) il "reste le seul terrain où tout le monde puisse s'entendre" (231), puisque les partisans du droit naturel peuvent y adhérer alors que l'inverse n'est pas possible), et la **force rhétorique** (232).

Terminons dans cette perspective, en rappelant que finalement la critique la plus fallacieusement adressée au positivisme juridique aura peut-être été celle de l'apologie ou la justification de tout ordre existant (233). Outre le caractère

(226) Entendue ici comme "la prétention à l'universalité des principes affirmés pour orienter l'action dans le domaine de l'éthique", et qui selon l'auteur "a directement à voir avec le concept pragmatique de succès illocutoire" (J.M. Ferry, "Raison théorique et raison pratique", in *Archives de Philosophie du droit*, tome 36, Droit et science, 1991, p. 13 et 17).

(227) La raison pratique consisterait alors sous l'aspect objectif "dans la force rationnelle, transformatrice, de la remise en question, à travers les pratiques du discours argumentatif, et du discours reconstructif, des évidences non problématiques, des valeurs établies, des croyances sédimentées et certitudes institutionnalisées, qui constituent l'arrière-plan sémantique et symbolique du monde vécu". J. M. Ferry, contre Habermas, prétend qu'il est possible "de problématiser la vérité des affirmations tant esthétiques ou morales que scientifiques", et qu'il "ne faut pas réserver la question de la vérité aux énonciations qui prennent référence au monde objectif" (*ibid.*, p. 18-19). Voir aussi sur la raison pratique, plus en rapport avec la philosophie du droit, Renaut/Sosoe, *op. cit.*, p. 348-349.

(228) Amselek, "A propos de la théorie kelsénienne...", *loc. cit.*, p. 145.

(229) Et à laquelle Kelsen avait justement dénié un caractère scientifique... (Troper, "La doctrine et le positivisme", *loc. cit.*, p. 290).

(230) Bobbio qui répétons-le affirme à juste titre qu'identifier un juriste comme positiviste en raison de son approche du droit ne signifie pas qu'il soit également positiviste dans sa théorie et son idéologie (cf. notre introduction). Marcel Waline avait déjà sur ce point pertinemment fait référence à Carré de Malberg et à Ripert (Waline, *loc. cit.*, p. 532-533). Il semblerait que même chez Kelsen existe un jusnaturalisme personnel (Sosoe, *loc. cit.*, p. 65).

(231) Waline, *loc. cit.*, p. 534.

(232) Christophe Grzegorczyck, lors d'une conférence donnée au séminaire Théorie du droit et science du Centre de philosophie du droit de Paris II le 14 avril 1992, constate ce point en remarquant la puissance méthodologique et constructive de la position non-cognitiviste (relativité des valeurs du fait de leur caractère émotif) car elle oblige le cognitiviste à s'aligner (provisoirement) sur le paradigme non-cognitiviste sous peine de rompre l'argumentation (et donc la discussion).

(233) M. Villey, *Philosophie du droit, tome 2. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1984, p. 86. L'auteur assimile d'ailleurs Kant au positivisme juridique. Ce point important et discutable ne sera pas abordé ici, mais voir entre autres F. Terré, "Le positivisme juridique et Kant", *Philosophie politique*, N° 2, 1992, p. 159-167, et J.-F. Niort, "Le positivisme juridique", *La Vie Judiciaire*, N° 2343, 4-10 mars 1991, p. 1 et 11.

théoriquement incohérent de cette accusation (234), il faut se souvenir que tous les grands positivistes, Bentham, Comte, Kelsen, les réalistes américains et scandinaves, ont été des critiques virulents de leur temps, passant le leur à contester justement l'ordre établi.

Finalement devrait-on plutôt retourner l'analyse que fait Ross du droit naturel, comme ayant tantôt une fonction légitimatrice, tantôt évolutionniste, et tantôt révolutionnaire (235), pour l'appliquer tel que le fait Alfred Dufour au droit positif, en soulignant que ce dernier a pu indifféremment exercer un rôle conservateur, évolutionniste ou révolutionnaire.

Cet auteur nous renvoie d'ailleurs sur ce point à l'expérience grecque, qui avait déjà apporté au monde la conscience de la "redoutable ambivalence des références ultimes à la **nature**, fondement de la fraternité entre tous les hommes, mais aussi source de toutes les inégalités et alibi de la loi du plus fort, comme à la convention, source de l'ordre dans la cité, mais aussi fondement de toutes les discriminations" (236).

---

(234) Voir notamment ce qui a été dit plus haut à propos de l'analytical jurisprudence et du caractère illimité du pouvoir juridique du souverain, (supra note 91). De même chez Kelsen, mis à part son dérapage important à propos de la confusion entre validité et caractère obligatoire du droit (cf. supra), ne peut-on guère incriminer une telle attitude. Au contraire la mise en valeur du "système" juridique, de son caractère institué, positif, amène-t-elle à faire prendre conscience des dimensions "hétéronomes" et instrumentales du droit, subordonné à d'autres sphères de l'activité humaine telles que la politique et la morale. Ceux qui critiquent le caractère éventuellement légitimateur de tout régime, même éventuellement totalitaire, de la Théorie pure du droit, critiqueraient-ils aux mêmes chefs d'accusation la physique nucléaire au nom d'Hiroshima ? Au contraire le positivisme juridique peut apparaître comme révélant à l'homme sa liberté et sa responsabilité... Hart sur ce point préfère aussi un concept "large" du droit, admettant qu'une règle de droit moralement inique n'en perde pas pour autant son caractère de validité juridique, plutôt qu'un concept étroit, de type jusnaturaliste, qui dénierait tout caractère juridique à la norme ici considérée. Il estime, à juste titre à nos yeux, que face à une norme juridiquement valide mais moralement injuste d'un régime totalitaire par exemple, il est préférable de dire, plutôt que "Cela n'est en aucune façon du droit" ; "C'est du droit, mais il est trop inique pour qu'on lui obéisse ou qu'on l'applique", car cette seconde attitude a au moins le mérite, entre autres, de mieux protéger la "conscience (chez les individus) de ce qu'il y a, en dehors du système officiel, quelque chose à quoi l'individu doit se référer en dernier ressort pour résoudre ses problèmes d'obéissance". De plus, le refus de reconnaître le caractère juridique de règles moralement iniques, outre le fait qu'il "ne présente aucun intérêt pour l'étude théorique ou scientifique du droit en tant que phénomène social", "peut constituer une simplification excessive de l'éventail des questions morales qu'elles soulèvent" (Hart, *op. cit.*, p. 250 et s.).

(235) Ross, On law and justice, *op. cit.*, p. 263-264. Hart reconnaît même au droit naturel un effet éventuellement anarchique (Hart, *op. cit.*, p. 251).

(236) Dufour, *loc. cit.*, p. 78-79.

NORMATIVITÉ ET LÉGITIMITÉ DU DROIT

Par

Olivier PLAYOUST
Maître de conférences des universités
Membre du L.E.R.A.D.P (Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit Privé, Université de Lille II)

INTRODUCTION

I - LA PERFECTIBLE ADÉQUATION ENTRE VÉRITÉ JURIDIQUE ET VÉRITÉ MATÉRIELLE

A) L'ADÉQUATION IMPARFAITE SUBIE

1) L'évolution des paramètres sociaux
   a) Les évolutions philosophiques et sociologiques
   • Les facteurs philosophiques d'évolution
   • Les facteurs sociologiques d'évolution
   b) Les mutations économiques et sociales
   • Les facteurs économiques de mutation
   • Les facteurs sociaux de mutation
2) Le temps
   a) La prise en compte du temps par le droit
   • La dimension humaine du temps
   • La fonction stabilisatrice du temps
   b) La construction juridique du temps
   • La consécration juridique des caractères du temps
   • Le caractère artificiel de la temporalité juridique

B) L'ADÉQUATION IMPARFAITE VOULUE

1) La préservation d'un espace de liberté
   a) Le domaine de la preuve
   b) Le domaine des droits de l'individu
2) La fonction du droit
   a) La défense de l'ordre public et social
   b) La promotion d'une politique

II - LA POSSIBLE ADÉQUATION ENTRE VÉRITÉ JURIDIQUE ET VÉRITÉ MATÉRIELLE

A) LA NOTION *D'"AUTANT QUE POSSIBLE"*

1) La perception d'un sentiment de justice
   a) Le respect de la notion de juste
   b) Le respect de la notion de besoin
2) Le comblement d'une lacune intra-legem
   a) Le champ d'application
   b) La reconnaissance législative d'un pouvoir jurisprudentiel discrétionnaire

B) LA NOTION DE JUSTICE IMMANENTE

1) Les principes généraux du droit
   a) Les principes issus du droit naturel
   b) Les principes inhérents à la personne humaine
2) La notion d'équité
   a) L'édiction de la norme équitable
   b) L'application équitable de la norme

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le droit est avant tout un langage d'ordre et d'organisation. Les valeurs morales portées par les règles de droit et la protection juridique de certains individus n'apparaissent légitimes que sous l'éclairage de ces fonctions prioritaires.

L'être humain n'est pris en considération par le droit que pour mieux lui faire accepter sa condition de sujet de droit (1). À cet égard "il" emprunte à la logique (2) le raisonnement déductif qui permet aux individus d'intégrer les règles juridiques dans leur comportement quotidien.

Il s'agit ici du premier aspect de la normativité du droit : formalisation qui nous donne l'illusion d'une appréhension parfaite de la réalité, comprise et acceptée par chacun. Cette illusion s'entretient facilement lorsque les faits appréhendés sont peu évolutifs et la pensée humaine dénuée de toute revendication de libertés purement individuelles, de conception philosophique ou morale de la vie particulière. Telle n'est pas l'hypothèse lorsque les conceptions et les limites traditionnelles de la vie se révèlent dépassées (3) et nos schémas de pensée trop réducteurs (4).

L'illusion devient grossière et la normativité, royaume du signe (5) et du symbole (6), suppose alors un travail plus profond et constant : la recherche imparfaite du "vrai" (7). En filigrane de cette démarche s'affirme la quête d'une justice au-delà du droit formel et rationalisé.

Or ce dépassement du droit suppose l'existence d'espaces, d'instants et de durées, de comportements et d'attitudes imprévus, tolérés ou ignorés par le droit positif (8).

---

(1) Le système juridique confère à chaque personne un masque sous lequel il est "répertorié" afin d'observer s'il entre dans une catégorie relevant de telle ou telle loi.
Sur cette dualité observée entre la personne et le sujet de Droit, Cf. Martin : *"Personne et sujet de droit"* - Rev. trim. Dt civil 1981, p. 785.

(2) Cf. *"La logique du droit"* - Archives de philosophie du droit tome XI.

(3) Cf. - J.-B. D'Onorio : *"Biologie, morale et Droit"*, JCP 1986 éd G.I 3261.
- X. Labbée : *"La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort. Contribution à l'étude des droits de la personnalité"*, thèse Lille II 1986.
- F. Meyer : *"La protection juridique de la vie ante-natale"*. Rev. trim. Dt Sanit. et soc. 1987, p. 571 - Portnoi : *"À propos de la définition légale de la mort"*, Gaz. Pal. 1981 doctr. p. 300.

(4) Cf. Doll : *"L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes"* Gaz. Pal. 1974 II, doctr. p. 820.
- R. Poirier : *"Rationalité juridique et rationalité scientifique"*, Archives de philosophie du droit, Tome 28, p. 11.

(5) Sur la notion de signe, Cf. J.-P. Gridel : *"Le signe et le droit'"*, tome CLXII, bibl. de Droit privé 1979.

(6) *"Le droit, en tant que manifestation de l'idée juridique n'est pas limité aux seules perceptions de la loi écrite qui n'est, comme les symboles, qu'un mode particulier de la langue du droit".*
Chassan : *"Essai sur la symbolique du droit"* Paris - Videcoq - 1847.

(7) Cf. sur ce point : - P. Louis-Lucas : *"Vérité matérielle et vérité juridique"* in mélanges à R. Savatier, Lib. Soufflot 1965, p. 587.
- M. J. Gebler : *"Le droit français de la filiation et la vérité"*, Paris L.G.D.J. 1970.
- J. Vidal : *"La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation"* in mélanges dédiés à G. Marty, Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 1113.
- R. Théry : *"Véritable père et paternité vraie"*, JCP 1979 éd C.I 2927.
- Fortis-Montjal et M. Pratte : *"Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois"*, D.S 1988 chron. p. 31.
- *"La vérité et le droit"* (Journées canadiennes), travaux de l'association H. Capitant. T. 38, 1987 Économica 1989.

(8) Cf. - G. Kalinowski : *"La logique des lacunes en droit"* in Archives de philosophie du droit, tome XIV, p. 353.
- Travaux du centre national de recherches et de logique : *"Le problème des lacunes en droit"*, études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles - Établt E. Bruylant, p. 554.

Il en résulte une inadéquation du droit au fait (9), sphère de liberté qui échappe au normatif, véritable hygiène pour le corps social (10). En effet nous pensons que le droit-justice ne peut être réduit à la positivité du droit (11), concept de stricte technique juridique, sans paraître absolu car insensible à la condition humaine.

Il est vrai qu'une certaine relativité apparaît déjà au niveau de l'application du droit. L'effectivité aléatoire des règles s'exprime en termes d'impossibilité de réunir les conditions de fait (12), d'indulgence jurisprudentielle, autant de tempéraments constatés en aval des textes.

Cette marge de liberté judiciaire ressort de considération telle l'absence de préjudice du demandeur à l'action (13) ou de l'équité (14). Il s'agit de compenser la distance observée entre norme édictée et solution idéale préconisée (15). Nous sommes alors fort proche de motifs d'opportunité (16).

À ce stade du raisonnement il apparaît légitime de s'interroger à la source, sur le fondement des règles de droit (17).

Seule cette question préalable permet de révéler l'entière problématique de la virtualité d'une adéquation du droit au fait.

Des règles empreintes de justice, de raison, de morale existent au dessus ou, à tout le moins, au côté de la loi (18).

Ces règles permettent d'échapper à la rigueur d'un système juridique qui, au risque de l'injustice ou de l'inéquitable, poursuit sa logique interne de cohésion et de stabilité (19). Le droit est-il une matière autonome, détachée du contexte social dans lequel il évolue ou se doit-il d'être la traduction plus ou moins fidèle des règles de

---

(9) Cf. Atias et Linotte : *"Le mythe de l'adaptation du droit au fait"*, D 1977 Chron. p. 25 et s.
(10) J. Carbonnier : *"L'hypothèse du non-droit"*, in Archives de philosophie du droit n° 8, p. 55 et s.
(11) Cf. H. Battifol : *"Sur la positivité du droit"* in mélanges Dabin -tome 1 p. 4 - C. Atias : *"Quelle positivité, quelle notion de droit"* in Archives de philosophie du droit, tome XXVIII, p. 209.
(12) Cf. sur ce point le principe d'interprétation stricte des lois pénales. De même Cf. R. Savatier : "Réalisme et idéalisme en droit civil aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques" in mélanges Ripert tome 1, Paris LGDJ 1950, p. 75 et s.
(13) Cf. en matière de construction irrégulière, deux décisions contradictoires :
- cass. civ. III 20/3/1979 Bull. civ. 1979 III n° 70 p. 51
- cass civ. III 06/5/1980 Bull. civ. 1980 III n° 91 p. 66.
(14) Cf. Billet : *"Le juge et l'équité"* in mélanges Rodière
- Mazeaud : *"Les notions de "droit", de "justice" et d'"équité"*, mélanges Simonius Basel 1955 p. 231
- Jeanneau : *"Le traitement de l'équité en droit français"*, Études de Droit contemporain Paris 1970, p. 27
- Renaud : *"Principes généraux du droit et équité"*, in mélanges Ganshof-Van Der Meersch, Bruxelles 1972, p. 881
- Agostini : *"L'équité"*, D 1978 chron. p. 7 et s
- A. Dessens : *"Essai sur la notion d'équité"* thèse Toulouse 1984
- M. S. Zaki : *"Définir l'équité"* in Arch. de philosophie du Droit, tome 35, p. 87
Cf. à titre d'exemple l'article 280-1 du code civil qui prend en compte l'équité pour accorder à titre exceptionnel une indemnité à l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé : Caen 13/3/1980 D 1982 inf. Rap. 38.
(15) Par le moyen, notamment, du droit naturel. Cf. sur les rapports entretenus entre Droit positif et Droit naturel :
- W. Maihofer : *"Le droit naturel comme dépassement du droit positif"* in Archives de philosophie du droit tome VIII p. 177.
- Fr. Terré et R. Sève : *"Droit"* in Archives de philosophie du Droit, tome 35, p. 47 et s
- A. Dufour : *"Droit naturel / Droit positif"* in Archives de philosophie du Droit, tome 35, p. 59 et s.
(16) Cf. M. Rotondi : *"Considérations en fait et en droit"*, Rev. trim. Dt civ. 1977 p. 1.
(17) Cf. - M.-P. Coulombel : *"Force et but dans le droit selon la pensée juridique d'Ihering"*, Rev. trim. Dt civ. 1957, p. 615.
- Gény : *"Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit"*, rev. trim. Dt civil 1922, p. 779.
(18) Terme pris en son acception générale : ensemble des règles d'ordre et d'organisation prises par une autorité investie, ayant vocation sous la menace des tribunaux, à régir la société à un moment donné.
(19) La cohérence du droit passe par l'esprit de système.

vie de l'être humain en communauté (20). En ce cas les règles juridiques se réfèrent en priorité à l'être humain pensant et agissant, et non au sujet de droit, débiteur ou créancier, respectueux de la règle ou délinquant. La normativité cède le pas à une forme de légitimité du droit (21).

Le droit légitime s'efforce d'appréhender l'ensemble des facteurs (22) qui ont forgé le comportement et l'esprit de l'homme mais, surtout, tient compte de sa condition subie ou pensée (23). Cette démarche crédibilise aux yeux des justiciables un droit plus proche des réalités de l'homme.

Le droit suscite l'adhésion plus qu'il ne se rend applicable par coercition. La difficulté demeure cependant de trouver ce juste équilibre, véritable dénominateur commun de base que chacun puisse ressentir comme vérité naturelle .

Il en est particulièrement ainsi en droit de la famille (24) et le qualificatif de "naturelle" portée à la filiation n'est pas innocent à cet égard (25).

De même la réflexion bioéthique (26) sur les limites de l'homme : stérilité (27) ou décès, préside à l'adoption des textes légaux.

Il ne s'agit plus de réglementer sous la contrainte mais d'accorder le droit aux "valeurs" (28).

Face aux avancées scientifiques spectaculaires (29) nous reconnaissons une catégorie de droits nouveaux : les droits biologiques de la personne : inviolabilité et indisponibilité du corps humain (30), fondés sur l'éthique, règle générale qui intéresse l'intégralité du corps social (31).

Le caractère de ces droits, inhérents à chaque individu, nous incite à les considérer comme *"universels"*. Dans ce domaine où le droit tente d'atteindre l'intégrité physique et morale de l'homme, il est indispensable que les règles ne soient pas contingentes suivant la législation en cause (32).

---

(20) Cf. J. Rubellin Devichi : *"L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait"*, Rev. trim. Dt civ. 1984, p. 359 et s.

(21) Cette différenciation entre normativité et légitimité du droit ne doit pas être assimilée avec la dissociation opérée par le juge entre forme et fond du litige : un tribunal peut débouter une personne de sa démarche sans juger qu'elle a tort ; inversement une relaxe peut intervenir sans juger qu'elle a raison.

(22) Cf. R. Savatier : *"Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui"*, 1ère Série, 3ème éd. Paris 1964, 2nd et 3ème Série 1959.

(23) Cf. P. Hebraud : *"Observations sur la notion de temps dans le droit civil"* in Études offertes à P. Kayser 1979, tome II, p. 58.

(24) Cf. Labrusse- Riou : *"Le juge et la loi en droit de la famille"* in mélanges Rodière.

(25) - R. Savatier : *"Le projet de loi sur la filiation : mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime"* JCP 1971 éd. G. I. 2400

- P. Raynaud : *"Les deux familles : réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle"* in Études réunies en l'honneur de M. de Juglart - 1986 LGDJ, Montchrestien, Éd. techniques.

(26) *"Recherche biomédicale et respect de la personne humaine"*, rapport du comité national d'éthique, la Doc. française, décembre 1987, p. 42.

(27) Cf. Baudouin et Labrusse-Riou : *"Produire l'homme : de quel droit"*, Étude juridique et éthique des procréations artificielles, 1987.

(28) Cf. R. Savatier : *"Le droit de la personne et l'échelle des valeurs"* in mélanges V. Gohot.

(29) Bébés éprouvettes, génie génétique, greffes supposant à la base le don d'organes.
Cf. - Terré : *"L'enfant de l'esclave, génétique et droit'"*, 1987.
- N de Puybusque : *"Procréation artificielle et droit"*, Gaz. Pal. 1988 I Doct. p. 161.
- A. Sériaux : *"Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence"* D.S 1985 chron p. 53.
Notons à ce sujet le problème particulier posé par les embryons surnuméraires. En cas d'affectation à une famille d'accueil, s'agit-il d'une adoption prénatale, auquel cas il existe une référence implicite à l'enfant, ou d'un simple don à raison de la non-reconnaissance d'un statut de l'embryon ?

(30) Principe d'indisponibilité du corps humain rappelé à l'occasion d'un projet de loi "Bianco" relatif au don d'organes et d'éléments du corps (mars 1992).

(31) En parallèle avec les droits du citoyen proclamés en 1789, les droits économiques et sociaux en 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république.

(32) À cet égard la Cour européenne des droits de l'homme peut jouer un rôle d'unification des valeurs. Cf. à titre d'exemple la décision B... c/France (inédite) rendue par cette Cour le 25 mars 1992, accordant la faculté pour un transsexuel de faire modifier les actes de l'état civil en posant les termes

De même se pose le problème de définir ce qui relève d'une intervention étatique ou de la vie strictement privée (33).

La réalité des faits passe d'une stricte observation matérielle à une prise de position sur la condition et le statut de l'homme. Elle s'impose de manière plus forte au droit qui, d'une normativité systématisée doit accéder à une légitimité accrue.

Les relations du droit au fait s'en trouvent métamorphosées.

Au constat purement statique d'une perfectible adéquation du droit au fait (1ère partie), répond le souhait dynamique de la possibilité d'une telle adéquation (2ème partie).

I - LA PERFECTIBLE ADÉQUATION ENTRE VÉRITÉ JURIDIQUE ET VÉRITÉ MATÉRIELLE

Le droit tend vers un idéal de justice et d'équilibre dans la gestion et l'aménagement des intérêts des personnes. Les moyens législatifs et judiciaires atteignent de manière imparfaite ce summum jus. Le caractère technique de la discipline juridique et la catégorisation des concepts qui en découle restreignent cet idéal à des considérations pragmatiques d'efficacité, d'utilité et de stabilité propres à toute société humaine. Ces dernières ne cadrent pas toujours avec le donné réel qui résulte d'une logique indépendante de celle issue du construit juridique.

Cette absence de corrélation s'analyse d'abord en une incapacité du droit à appréhender l'ensemble des facteurs qui conditionnent les comportements humains ; il s'agit d'une inadéquation imparfaite subie.

De manière plus subtile, il apparaît souhaitable que s'instaure cette relative discordance. Elle préserve une sphère autonome au droit qui ne saurait, sans se discréditer, appréhender ou suivre la réalité concrète de manière immédiate et absolue. Ainsi l'adéquation imparfaite devient voulue.

A) L'ADÉQUATION IMPARFAITE SUBIE

L'activité de l'homme s'apprécie en fonction de paramètres issus directement de la communauté dans laquelle il vit. Le droit éprouve des difficultés à tenir compte d'une évolution sociale certaine. Il en est de même à propos de considérations inhérentes à la condition humaine, en particulier l'influence de l'écoulement du temps sur le comportement des hommes. L'appréhension juridique du facteur temps s'avère fort délicate.

1) L'évolution des paramètres sociaux

Il s'agit d'abord de tenir compte des sciences humaines. Ensuite, et en dehors de tout débat quant à leur place primordiale ou accessoire, l'existence de facteurs matériels et structurels s'impose.

---

de la rupture d'équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt de l'individu (violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme).

(33) Cf. à ce propos la question de l'anonymat du donneur dans le cadre de l'insémination artificielle. Si l'on opte pour la récusation de l'anonymat en faveur du droit à l'enfant de connaître sa parenté, sa levée ressortira d'une intervention de l'état. Par contre si l'on veut maintenir cet anonymat pour maintenir la paix des familles, cette décision relèvera de la sphère privée (il en est de même à propos de l'insémination des femmes seules).

a) Les évolutions philosophiques et sociologiques

La pensée humaine qui évolue et mûrit se transforme elle-même en *fait* d'ordre général susceptible de bouleverser la société. C'est donc par souci didactique que nous invoquerons séparément l'existence de ces deux facteurs d'évolution : philosophie et sociologie.

• Les facteurs philosophiques d'évolution

En deçà d'un droit naturel issu des conditions générales et permanentes de la structure sociale s'affirme l'existence d'un droit perpétuellement renouvelé (34). Ainsi le droit doit-il tenter d'entériner la perception humaine évolutive des concepts kelséniens de Sein et de Sollen et l'interaction qui en résulte. Cet effort est particulièrement sensible en droit de la famille (35). L'affirmation philosophique du rôle premier de la volonté individuelle et la reconnaissance d'une liberté totale de s'engager (et du droit corrélatif de se dégager) ont permis une appréhension juridique du concubinage (36). Dorénavant il s'agit de miser plus sur la réalité du consentement basé sur la continuation du lien matrimonial (37) que sur l'échange du consentement formaliste initial (38).

Indépendamment de toute appréciation portée sur le bien-fondé d'une apparition de l'union libre sur la scène juridique (39) ou sur l'opportunité pour le droit de ne se borner qu'à consacrer le fait (40), nous concluons à la nécessité d'une tentative de réponse juridique aux nouvelles conceptions philosophiques de la vie (41). D'abord les situations de fait qui en résultent produisent elles-mêmes des effets juridiques (42). Ensuite l'opinion publique doit être rassurée sur la manière dont elle conçoit la vie en voyant ses options consacrées juridiquement (43). D'une condamnation sans appel à une prise en compte juridique de l'union libre, le droit est passé par une ignorance systématique. Le problème est de percevoir le moment exact requis pour entériner juridiquement les nouvelles conceptions philosophiques de la

(34) Cf. en ce sens la pensée de Montesquieu analysée par M. Brethe de la Gressaye in *"La philosophie du droit de Montesquieu" : "Montesquieu a considéré les lois comme des faits sociaux, qui se produisent et se répètent sous l'action de facteurs déterminés"* A. P. D. n° 7, 1962 p. 200.
(35) Cf. Labrusse-Riou : *"Le juge et la loi en droit de la famille"* in Mélanges Rodière.
(36) L'enfant naturel *"entre dans la famille de son auteur"* Art. 334 Al 2 c. civ. Il s'agit bien d'une consécration juridique de la famille naturelle. Il en est de même à propos de la possibilité pour le père ou la mère célibataire de se faire délivrer un livret de famille commun (consécration de l'union libre). Voir enfin la loi du 22 juillet 1987 qui admet les conventions relatives à une autorité parentale conjointe sur les enfants naturels. À ce propos et de manière plus générale : P. Raynaud *"Les deux familles : réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle"* in Études réunies en l'honneur de M. de Juglart, 1986, LGDJ, Montchrestien, Éd techniques. Le mouvement législatif actuel tend à une reconnaissance d'un statut égalitaire au profit de l'enfant adultérin.
(37) Le lien matrimonial est ici analysé non seulement comme une communauté de vie assumée matériellement mais aussi, initialement, comme une volonté de vie commune toujours renouvelée.
(38) Cette prise en compte apparaît aussi en matière de mariage puisque la loi du 11 juillet 1975 permet de défaire *"par consentement mutuel"* ce lien légitime par les deux époux si telle est leur volonté. (Sous réserve d'une procédure judiciaire).
(39) Contra. H. Mazeaud : *"Une famille dans le vent : la famille hors mariage"* (le projet de loi relatif à la filiation), D 1971, chron.. p. 99.
(40) Atias et Linotte : *"Le mythe de l'adaptation du droit au fait"* D 1977, chron.. p. 25 et s.
(41) Cf. en ce sens J. Rubellin-Devichi *"L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait"*, RTDC 1984, p. 359 et s. ainsi que F. Alt-Maes *"La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français"* : RTDC 1983, p. 641 et s.
(42) J. Carbonnier, Flexible Droit, 5° éd p. 33.
(43) L'emploi des termes union libre (union située par les intéressés en dehors du droit), concubinage (connotation péjorative qui soutend une appréciation morale déplacée), cohabitation (terme neutre qui paraît le mieux approprié), n'est pas innocent à cet égard.

vie (44). Trop tôt, le droit heurtera la conscience des personnes dont l'esprit n'est pas assez "mûr" pour assumer les nouveaux modes de pensée pressentis ; trop tard il sera ressenti comme un véritable obstacle à l'évolution *"logique"* de la pensée humaine. Or la pensée des hommes entrée dans les moeurs sociales devient fait sociologique dont le droit doit tenir compte.

• Les facteurs sociologiques d'évolution

Nous évoquerons à ce titre la théorie marxiste, fait social d'importance, source sociologique d'évolution du droit (45). La prise de conscience collective d'une classe sociale a permis de traduire juridiquement les revendications émises : instauration d'un revenu minimum, aménagement des conditions de travail. Parallèlement les possédants ont éprouvé un certain complexe vis-à-vis de leur richesse ou, à tout le moins, une responsabilisation quant à l'utilisation qui en est faite (46). Cet examen de conscience s'est traduit par l'adoption d'une législation fiscale taxant les fortunes (47), et plus particulièrement la richesse statique inemployée, dans l'esprit d'une meilleure répartition du revenu national.

Mais le droit éprouve des difficultés à percevoir immédiatement l'ampleur d'un fait de société et assimile souvent maladroitement (de manière prématurée ou insuffisante) la réalité sociologique. L'une des raisons de cette maladresse est que le facteur sociologique résulte lui-même d'évolutions économiques intégrées dans les moeurs sociales (48).

b) Les mutations économiques et sociales

L'appréhension d'un bien ou d'un service se place toujours dans un cadre d'avenir économique. Cette emprise n'est pas sans conséquence juridique (49). L'importance donnée à l'aspect humain de la personne plus qu'à la valeur économique de son activité laisse cependant apparaître l'influence du facteur social.

• Les facteurs économiques de mutation

En s'efforçant de considérer les facteurs économiques qui varient de manière incessante, le droit devient lui-même éphémère et contingent. Cette nouvelle nature obligée est la raison première du caractère imparfait de l'adéquation du construit juridique avec la réalité économique. Si les textes demeurent formellement, leur

(44) Cf. à ce sujet la législation sur l'avortement et le débat philosophique suscité. Cette législation est l'aboutissement logique de la reconnaissance pour la femme d'une totale maîtrise de son destin (refus d'une qualité de *"mère obligée"*) et, par là, d'une liberté entière de disposer de son corps. Cf. sur ce point Terré : *"L'enfant de l'esclave"* p. 87 et s. De même le problème psychologique peut se poser du côté du médecin : Clavel : *"Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi du 31/12/1979"* JCP 1985, I, 3191.

(45) Cf. K. Stoyanovitch : *"Sens du mot droit et idéologie"*, Archives de philosophie du droit, t. XIX p. 181.

(46) Ce mouvement a aussi pour cause l'émergence d'une morale chrétienne plus proche de l'esprit initial de l'évangile.

(47) Cf. l'impôt sur les grandes fortunes entré en vigueur le 1er janvier 1982, supprimé à compter du 1er janvier 1987 par l'art. 24 de la loi du 11 juillet 1986 et rétabli par la suite.

(48) De même nous pensons que ce décalage est inhérent à la lenteur d'une traduction législative du fait sociologique. En effet, lorsque le phénomène sociologique est entériné juridiquement, plusieurs années se sont écoulées depuis son émergence, années pendant lesquelles nous avons assisté à une évolution sociologique propre. Or l'aboutissement de cette évolution peut ne plus correspondre avec le texte pris... Cette explication est particulièrement probante au sujet de la procréation médicalement assistée et de la fécondation in vitro.

(49) R. Savatier : *"Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui"*, 1ère série, 3ème éd. Paris 1964, 2ème et 3ème série, 1959.

esprit doit évoluer. À cet égard la prise en compte de l'érosion monétaire par le droit est significative. Les facteurs inflationnistes aboutissent à l'acceptation des clauses d'indexation et d'échelle mobile (50). En droit des affaires ils imposent en fin d'activité la règle de la réévaluation des écritures comptables, de la révision des bilans et les répercussions fiscales qui en résultent. La fortune immobilière *"réputée"* définitivement acquise subit une dépréciation. Bien plus, l'apparition d'un marché financier suscite la multiplication de valeurs et titres constituant une fortune mobilière considérable. L'adage classique : *"Res mobilis, res vilis"* n'a plus grande signification (51).

De fait il ne s'agit plus de parler de richesse mais de valeur qui instaure une relation de productivité *"nette"* entre l'activité de l'homme et le bien concerné. L'aspect dynamique de la possession et de la production s'affirme aux dépens du caractère statique de la propriété. Enfin la nature même du droit de propriété est atteinte à travers son utilisation comme mode de sûreté au moyen de la future fiducie (52). En matière de responsabilité civile, le développement économique a redonné un nouvel éclat aux dispositions de l'article 1384 du code civil, base de la responsabilité du fait des choses inanimées (accident du travail et de la locomotion).

Que dire du droit commercial qui s'efforce d'appréhender juridiquement les nouvelles pratiques en fonction de la création industrielle, quitte à mettre à mal les principes essentiels de la théorie contractuelle (53). Ainsi en est-il du contrat d'adhésion (54), du *"contrat-fournisseur"* et d'autres créations contractuelles de la pratique résultant de concepts juridiques déjà connus : crédit-bail, franchise, concession exclusive de vente (55).

En matière de crédit, la prise en considération du débiteur malheureux et la volonté de consolider le crédit pour relancer la consommation ont poussé le législateur à prendre des mesures d'adoucissement des clauses pénales et à instituer une procédure de redressement judiciaire civil.

Autre conséquence de cette évolution prise en son aspect purement technique (56), les progrès médicaux forcent les juristes à repenser la dimension et la notion de vie (57), le statut du corps humain, le moment de la mort.

---

(50) - Cf. L. Boyer : *"À propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle"* in Mélanges dédiés à G. Marty - Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 87.
- B. Boccara, *"Définir l'indexation"* JCP 1985,1, 3187.
(51) - Cf. à ce sujet la reconnaissance, par les auteurs du code civil, de la terre comme première richesse de l'homme.
- Pour une illustration de l'abandon de ce principe, Cf. sous la législation des régimes matrimoniaux antérieure à la loi du 13 juillet 1965, l'élargissement de l'inaliénabilité des biens dotaux des seuls immeubles. (ancien art. 1554 c. civ. abrogé) aux biens meubles (influence jurisprudentielle).
(52) Cf. sur ce point D. Schmidt : *"La fiducie-sûreté" in "les assises nationales de la Fiducie"* barreau de Metz - 6 mars 1992.
(53) - Cf. M. Cabrillac : *"Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale"* in Mélanges G. Marty - Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978 p. 235.
- La volonté de M. Ghestin d'asseoir une théorie du contrat basée sur *"le juste et l'utile"* à la place du dogme intangible de l'autonomie de la volonté s'analyse en une prise en compte salutaire du contexte économique dans la législation des contrats : Ghestin et Goubeaux : traité de droit civil, tome I *"Formation du contrat"* LGDJ p. 178.
- M. De Juglart : *"La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise"* in *"Les activités et les biens de l'entreprise"* mélanges offerts à Jean Deruppe, éd GLN Joly, Litec p. 63 et s. 1991.
(54) G. Berlioz : *"Le contrat d'adhésion"* thèse Paris 2° éd. 1976 LGDJ.
(55) Cf. H. Battifol : *"La crise du contrat et sa portée"*, Archives de philosophie du droit, T XIII p. 13 et s.
De même Cf. Économie et droit : Colloque Aix, Rev. de la recherche juridique 1987-2.
(56) Cf. sur ce point Labrusse et Cornu : *"Droit de la filiation et progrès scientifiques"* colloque juin 1978 - Économica 1981.
(57) La dimension de la vie pose la question de son origine et les problèmes qui en résultent : fécondation in vitro, insémination artificielle, avortement, euthanasie. La notion de vie pose le problème du moment où doit être prise en compte l'existence autonome de la personne à naître.

Cette recherche issue de la confrontation entre le droit et la science médicale tend à résoudre l'inadéquation entre la *"vie"* dont les contours s'affinent et, de manière corrélative, les règles de droit dont, en l'espèce, le caractère grossier ou inadapté s'impose (58). Cette distorsion révèle à nouveau l'adéquation imparfaite du droit au fait (59). Cette évolution économique et ces progrès techniques sont le fruit du travail de l'homme, bien de production. Ils ne sauraient cependant être conçus sans la promotion sociale de l'être humain.

• Les facteurs sociaux de mutation

Les avancées sociales en droit sont avant tout une considération portée sur la personne (60). Il en est ainsi en matière d'accidents du travail. La conception traditionnelle de la responsabilité a été rejetée en faveur d'une indemnisation de la victime rattachée au risque créé par le chef d'entreprise dans la personne du salarié et non plus à la faute (61). De même le choix des termes *"Contrat de travail"* au lieu de *"louage de service"* puis, *"relation de travail"*, révèle cette appréhension juridique du social. En cet esprit le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ont été regroupés sous le vocable droit social, c'est-à-dire règle d'ordre public de protection et de promotion pour les salariés (62), de garantie et de sécurité pour les assujettis.

La fluctuation perpétuelle des facteurs sociaux impose au droit une recherche permanente de *"cadrage"* avec les données réelles. À défaut il encourt la désaffection ou, à tout le moins le discrédit (63).

Cette recherche d'une adéquation idéale avec les faits qu'il appréhende confère au droit sa légitimité. Cependant il doit aussi tenir compte de la manière dont l'être humain ressent ou subit la survenance d'événements qui jalonnent sa vie. En cet esprit, le droit épouse la condition humaine pour que l'homme se reconnaisse en ses règles. L'étude de l'influence du facteur temps sur le droit présente à cet égard un intérêt considérable.

2) Le temps

L'essence même du droit naturel est de ne souffrir aucune limite ni dans l'espace, ni dans le temps. À l'opposé les contingences de l'activité humaine forcent

(58) Cf. sur ce point : *"Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale"* : H. Mazeaud in Mélanges De Juglart 1986, LGDJ - Montchrestien - éd techniques p. 45 et s.

(59) Cf. sur un plan purement technique la carence du droit de la propriété intellectuel quant à la protection des nouvelles techniques : J. Azema : *"La protection juridique des nouvelles techniques"* in mélanges dédiés à P. Mathely, Litec 1990, p. 43.

(60) Il en est de même à propos de l'écologie et de la protection de l'environnement. Les concepts juridiques traditionnels doivent tenir compte de ces nouvelles tendances. Cf. à propos du droit de propriété : Jehan De Malafosse : *"La propriété gardienne de la nature"* in Études offertes à J. Flour - Rép. du notariat Defrénois - 1979 p. 335. Cf. en matière de pollution maritime : M Rémond-Gouilloud, dans un ouvrage collectif : "L'homme, la nature et le droit", Bourgeois éditeur 1988, p. 207 et s.

(61) La recherche de la faute se révélant, en l'espèce, difficile, voire impossible.

(62) Cf. sur ce point la loi du 4 août 1982 reconnaissant le principe du droit à l'expression directe et collective des salariés dans l'entreprise.

(63) *"La législation et la jurisprudence se dissolvent dans la poussière des livres si ceux pour l'usage desquels elles ont été conçues préfèrent les ignorer"*, Lord Wedderburn. *"La législation et le juge à propos des conflits du travail"* in Études offertes à G. Lyon-Caen. *"Les transformations du droit du travail"*. Dalloz 1989, p. 136.

le droit positif à s'y inscrire en considération de l'écoulement de la vie. Le droit prend en considération le facteur temps (64) (65).

Incapable d'appréhender totalement la temporalité humaine ou soucieux d'échapper au cadre rigide qu'elle suppose dans son cours normal, le droit cherche une sphère de liberté en édifiant les propres termes de sa conception temporale.

a) La prise en compte du temps par le droit

La conception purement abstraite du temps séduit le juriste par son caractère logique qu'il est aisé de traduire dans les textes. Elle encourt le risque de susciter une législation en inadéquation avec la conception humaine de la temporalité. Ainsi s'impose la dimension humaine du temps. L'homme humanise le temps en le modelant conformément à la durée de sa vie. Il l'apprécie, l'évalue, le qualifie en période, date, durée, instant, autant de termes qui lui font oublier son caractère illimité et, à l'opposé, la précarité de sa situation. En cela le temps exerce une fonction stabilisatrice.

• La dimension humaine du temps

L'écoulement immuable et absolu du temps ne tient pas compte de la précarité de la vie humaine. L'homme en est réduit à une analyse passive du temps qui le tient sous son empire. Ce n'est qu'avec une prise de conscience de sa condition et de ses propres limites que l'être humain *"apprivoise"* le temps en lui conférant une dimension à son échelle. Il s'agit d'abandonner la conception abstraite du temps pour l'analyser de manière dynamique, en fonction de l'activité humaine (66).

L'homme se crée ainsi son propre environnement en projetant ses aspirations dans le futur, en négociant l'abandon de ses projets dans le présent et en opérant une sélection de ses souvenirs pour le passé. La conscience de l'homme se structure et son être se personnifie. Cette vision idéale ne se concilie guère avec la nature objective et empirique de l'écoulement du temps rapporté aux choses et aux événements.

La conception subjective du temps doit se plier aux vérités brutes que son écoulement *"réel"* suppose. Il s'agit d'opérer un dosage subtil entre le concret du temps événementiel et la notion conceptualisée du temps. Cette opération présente de nombreux aspects, de l'écoulement stable d'une durée au rythme accéléré d'une succession de *"date-événements"*. L'être humain vit ces moments en manifestant ses sentiments de la patience à la résignation ou à l'espoir (67) (68), de l'impatience au découragement ou à la révolte. Quelle que soit la diversité de ces situations, le temps permet d'apprécier rationnellement l'activité et la pensée prospective de l'homme dans son environnement et en rapport avec ses semblables. Ainsi apparaît la fonction stabilisatrice du temps.

---

(64) De ce constat, un auteur conclut au souhait : *"Une prise de conscience plus claire des traits spécifiques du facteur temporal contribuerait sans doute a une meilleure élaboration des solutions que ces problèmes appellent"*. P. Hébraud : *"Observations sur la notion de temps dans le droit civil"* in Études offertes à P. Kayser, 1979 tome II p. 58, Presse Univ. d'Aix-Marseille.

(65) Cf. H. Battifol : "Sur *la positivité du droit"* in Mélanges Dabin - tome I - p. 4. De même C. Atias : *"Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?"* in Archives de philosophie du droit, tome XXVII, p. 209.

(66) *"Pour qu'une norme positive existe, il faut qu'elle ait été créée par un acte, à savoir par un fait naturel se déroulant dans l'espace et le temps"*, in Théorie pure du droit - Kelsen - 1953, p. 33.

(67) *"La patience n'est-elle pas l'art d'espérer ?"*. J. Vincent : *"Les pouvoirs du juge en matière de provision"* in Études offertes à P. Kayser, 1979, tome II, p. 418 Presses Univ. d'Aix-Marseille.

(68) Cf. l'importance de ces états psychologiques, notamment chez le malade quant à l'appréciation de la responsabilité du médecin en cas d'euthanasie.

• La fonction stabilisatrice du temps

Cette fonction s'exprime à deux niveaux. Le temps permet à l'homme de se situer par rapport à sa propre existence mais aussi en relation avec ses semblables (69). Il offre une grille de lecture pour comprendre et situer, entre elles, les activités de l'homme. Le temps est le langage commun de base le mieux partagé entre tous. En établissant la prévision il instaure la relation et la confiance nécessaires à toute relation sociale (70). Alors que le temps remplit cette fonction en raison de ses qualités propres, le droit poursuit ce but en adoptant virtuellement la législation idéale. Ainsi le temps exerce naturellement sa fonction stabilisatrice alors que le droit tente de la remplir artificiellement (71). Cette différence de nature entraîne une inadéquation entre la perception du temps sur le plan strictement humain et le plan juridique. Si le rôle premier du droit : organisation de la vie en société *"acceptée par tous"*, le conduit à emprunter la vision traditionnelle du temps admise par les hommes, il n'en demeure pas moins que les spécificités de ce rôle le contraignent à adopter une conception-juridique du temps.

b) La construction juridique du temps

En premier lieu le droit emprunte à la perception humaine du temps des notions qu'il consacre juridiquement en leur conférant discrétionnairement un aspect dérogatoire aux règles juridiques de droit commun. Il s'agit d'une consécration juridique des caractères du temps. Cet effort ne lui suffit cependant pas à assumer pleinement sa fonction organisationnelle de la société et protectrice de l'ordre. Le droit en est réduit à procéder par fiction. Il se joue du cours normal du temps et confère à des situations temporales a-normales (non conforme à la perception humaine traditionnelle du temps) des effets juridiques particuliers. Ce caractère artificiel de la temporalité juridique est le point ultime, en matière de temps, d'une inadéquation subie entre vérité juridique et vérité matérielle.

• La consécration juridique des caractères du temps

La dimension humaine du temps lui confère des qualités selon l'état d'esprit et les sentiments exprimés par le sujet. À titre d'exemple l'impatience ou le devoir impérieux qualifient le temps d'urgence (72), la prudence ou la peur de s'engager, de provisoire (73). Le droit consacre ces *"caractères"* du temps en leur conférant un

(69) À l'image du droit subjectif qui ne saurait exister sans personne à qui l'opposer, ce second aspect de la fonction du temps n'existe pas sans altérité.
(70) Cf. en ce sens M. Bordeaux : *"Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteurs de normalisation dans le code civil. (1804)"* in *"Religion, société et politique"*, Mélanges en l'honneur de J. Ellul, PUF 1983, p. 185.
(71) Cf. J. Ellul, *"L'artificialité du droit"* - Arch philo. du droit, 1963, p. 28 et s.
Cf. nos développements sur le caractère artificiel de la temporalité juridique (infra).
(72) Cf. Vasseur : *"Urgence et droit civil"*, RTDC 1954, 405.
Jestaz : *"L'urgence et les principes classiques du droit civil"*, biblio. de droit privé LGDJ 1968.
(73) Cf. L. Lorvellec : *"Remarques sur le provisoire en droit privé"* in Études dédiées à A. Weil , p. 387.

régime juridique particulier, dérogatoire au droit commun (74). Cette appropriation juridique du temps en dénature la perception humaine (75).

Ainsi la conception humaine traditionnelle de l'urgence diffère de celle analysée juridiquement. De manière générale l'urgence s'analyse en une accélération du temps événementiel d'où il résulte un danger dont il convient de se prémunir en prenant un acte prioritaire quitte à déroger aux règles communes et traditionnelles. L'analyse du caractère prioritaire et dérogatoire de l'acte ne sera pas toujours la même dans les faits et en droit. En matière de référés les exigences jurisprudentielles quant aux caractères de l'urgence demeurent restrictives et la conception de l'urgence des plaideurs déboutés n'est souvent pas celle des juges (76). Il est plus question de savoir s'il est juridiquement possible d'agir vite que de savoir si l'urgence existe en fait (77). En matière médicale l'urgence à intervenir au secours du patient ne correspond pas toujours à l'*"état de nécessité"* (78) qui reconnaît au médecin la possibilité de passer outre le consentement du patient (79). La menace d'une prévention de *"non-assistance à personne en danger"* à l'encontre du médecin inactif fait souvent passer celui-ci outre à tout obstacle à son intervention issu de croyances religieuses ou philosophiques du patient en danger. En matière pénale les conditions restrictives de la légitime défense (80) se concilient mal avec la riposte de facto de l'intéressé à une agression. À cet égard, les manifestations spontanées suscitées par l'inculpation d'une personne ayant tiré sur l'un de ses agresseurs-voleurs sont significatives. Le droit paraît inapte à saisir ces situations concrètes. Parfois la croyance *"légitime"* d'une personne en la nécessité d'agir vite pour parer à une situation dont l'urgence lui paraît absolue n'est pas juridiquement reconnue. L'inadéquation devient flagrante.

La notion de provisoire nous en fournit une nouvelle illustration. En droit des sociétés la demande de nomination d'un administrateur provisoire correspond, dans l'esprit des parties, à la reconnaissance momentanée à un tiers du pouvoir de direction de la société en raison d'une difficulté ponctuelle rencontrée dans la gestion. Elle ne sera reçue favorablement en droit que si les intérêts de ladite société sont en péril ou si nous sommes en présence d'un blocage du fonctionnement des organes sociaux.

Ces exigences légales vont au-delà de la conception normale du *"provisoire"* telle que pensée par les parties. En matière de procédure pénale le terme *"provisoire"* de la détention de l'inculpé avant jugement est totalement dénaturé (81). Bien qu'il y

---

(74) Cf. en ce sens M. Bordeaux : "Sur *l'instant présent, l'individu a une prise, sur la continuité, la durée, l'individu n'a plus de prise, c'est le temps du droit qui a prise sur lui : aucune liberté vis-à-vis de ce temps péremptoire obsédant et obsédé"*
- *"Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteurs de normalisation dans le code civil (1804)"*, in Religion société et politique. Mélanges en l'hommage de J. Ellul, P.U.F. 1983.
(75) Cf. à ce sujet, les périodes de congés ou les jours fériés analysés juridiquement comme zone de non-droit en matière de délais procéduraux.
(76) Cf. Cossa : *"L'urgence en matière de référé"*, GP 1955 II Doctrine 45. Quoique l'évolution de la juridiction des référés nous incite à penser que la condition d'urgence ne devienne plus formelle que réellement observée. Le juge des référés deviendrait plus le juge de l'évident (Cf. B. .Petit : *"L'évidence"* Rev. Trim. dr. civ. 1986), que de l'urgent. Cf. en ce sens R. Perrot : *"L'évolution du référé"* in Mélanges offerts à P. Hébraud - Univ. des sciences sociales de Toulouse 1981, p. 655.
(77) Cf. en ce sens : P. Jestaz : *"L'urgence et les principes classiques du droit civil"*, Bibl. de droit privé LGDJ 1968, p. 312.
(78) Cf. R. Savatier : *"L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle"*, in Mélanges Capitant, Dalloz, Paris, p. 743.
(79) Cf. R. Nerson : *"Le respect par le médecin de la volonté du malade"* in Mélanges dédiés à G. Marty, Univ. des sciences sociales de Toulouse, p. 858.
- À l'opposé la volonté du patient, qui se sait condamné, de mettre fin à ses jours se heurte à la condamnation légale de toute forme d'euthanasie.
(80) . Proportionnalité dans la gravité entre l'attaque et la défense,
. Nécessité d'une défense postérieure à l'attaque subie.
(81) R. Vouin : "La *détention provisoire" D* 1970 chron. XL, p. 191.

ait eu substitution du terme provisoire au terme préventif par la loi du 17 juillet 1970, il semble encore qu'il s'agisse plus du prononcé d'une pré-peine que d'une réelle détention momentanée dans le seul souci de respect des conditions de l'article 144 du code de procédure pénale (82). Comme à propos de l'urgence le provisoire juridique poursuit une politique propre, différente de l'acception traditionnelle du terme, perçue de facto. L'existence d'une telle inadéquation s'explique en partie par la nécessité pour le droit de se rendre, autant que possible, *"le plus accepté et applicable"* par tous. Il en résulte une obligation du droit d'objectiviser pour l'urgence et de normativiser, pour le provisoire, les appréciations de fait de ces notions temporales : l'urgence juridique doit objectivement correspondre à l'imminence d'un péril et non au seul *"sentiment d'être pressé"* (83).

Le provisoire *"juridique"* doit répondre à un but ou à des normes spécifiques pour qu'il soit juridiquement reconnu. Il perd ainsi sa qualité purement objective de *"période temporaire"* telle que traditionnellement conçue. L'inadéquation subie entre le droit et le *"fait"* dans la conception temporale se révèle déjà au niveau de la consécration juridique des caractères du temps. Elle s'affirme lorsque le droit se joue de l'écoulement normal du temps en instaurant une temporalité proprement juridique.

• Le caractère artificiel de la temporalité juridique

Le droit des sociétés permet de faire échapper l'activité économique aux considérations restrictives tenant à la durée limitée de la vie humaine. Limitée à 99 ans mais constamment renouvelable, la personne morale sociétaire accède à la perpétuité (84). En cette hypothèse la perception humaine et juridique de la perpétuité ne diffère pas : cadre infini du temps dans lequel s'inscrit l'activité envisagée.

L'inadéquation entre notion juridique et dimension humaine de la perpétuité n'apparaît pas en l'occurrence. Il ne s'agit pas directement du caractère artificiel de la notion juridique du temps. L'artificialité de la temporalité juridique répond à une nécessité pour le droit d'inscrire tout fait ou acte juridique dans la chaîne ininterrompue du temps (85). Cependant le droit entend demeurer maître de la chronologie des événement qu'il appréhende. Il en résulte un décalage entre cette chronologie élaborée et le *"cours normal"* des événements.

En premier lieu la temporalité juridique peut faire entrer un élément d'une situation juridique à venir ultérieurement dans une considération présente pour en tirer des conséquences de droit. Il s'agit de la prise en compte actuelle d'une *"chose future"* par anticipation (86). De même le temps peut être pris en compte à propos

(82) Cf. à ce propos la motivation lapidaire et purement formelle des ordonnances de refus de mise en liberté. Un projet de loi de réforme de l'inculpation et de la mise en détention présenté par M. Sapin et évoqué au conseil d'état au mois de février 1992 tend à remédier à cette *"difficulté"* en instaurant la collégialité avec obligation de motiver précisément les raisons invoquées pour la mise en détention, abandonnant ainsi les références floues à *"l'ordre public"*.

(83) La même problématique s'instaure à propos de l'appréciation de l'état de nécessité.

(84) Art. 2 de la loi du 24 juillet 1966. Art. 1838 du code civil.

(85) Cf. M. Bordeaux : *"Le souci de la continuité est constamment présent, dans en enchaînement voulu sans faille temporelle des situations juridiques, dans un ordre défini, prévisionnel et mesuré : suite, suivant, précédent, premier, dernier, après, avant, depuis"*.
"Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteurs de normalisation dans le code civil" (1804).
In Religion, Société et politique, mélanges en hommage à J. Ellul, PUF 1983, p. 189.

(86) À titre d'exemple Cf. les meubles par anticipation et, en matière de succession, l'avancement d'hoirie (art. 1077 du code civil). Cf. sur ce point M. Dagot : *"L'esprit des réformes récentes du droit successoral"* - (liberté-égalité-fraternité) in Mélanges dédiés à G. Marty : Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 317.

d'un droit dont la formation parfaite suppose l'écoulement d'une durée ou la succession d'événements futurs. Ce droit éventuel existera définitivement au jour duquel l'événement nécessaire à son existence arrivera (87), sans rétroactivité. À défaut de cette survenance il sera réputé caduc.

Ces deux conséquences, caducité et rétroactivité, participent aussi de ce caractère artificiel de la temporalité juridique. La caducité permet à un acte d'avoir des répercussions sur une situation juridique qui lui est antérieure (88). La rétroactivité entre directement en contradiction avec le principe de l'écoulement linéaire et irréversible du temps. Elle suppose un examen rétrospectif d'une situation juridique passée. L'impossibilité de modifier les éléments matériels de la situation initiale conduit à la prise de mesures nouvelles afin de faire coïncider cette situation matérielle intangible avec la nouvelle situation juridique issue de cette rétrospection.

Si cette opération ne contribue qu'à éclairer la situation initiale, le caractère proprement fictif de la rétroactivité n'apparaît pas : il s'agit de revenir intellectuellement dans le passé afin de dissiper toutes les incertitudes ou contradictions relevées. Mais cet examen rétrospectif suppose aussi une nouvelle appréhension juridique des faits matériels supposés intangibles, car définitivement passés. Il s'agit d'une considération juridique nouvelle sur les faits anciens et, ainsi, d'une remise en question des conséquences de droit initiales.

Impensable lorsque nous nous plaçons au niveau de la perception humaine du temps, la rétroactivité implique en termes juridiques, une remontée dans le temps. L'artificialité du temps répondait en premier lieu à un souci de correspondance avec la dimension humaine de celui-ci (89). Cependant au stade ultime de la construction juridique du temps, l'artificialité peut devenir fiction sciemment entretenue afin de vaincre la résistance du temps à la proclamation d'une vérité juridique.

Ainsi l'inadéquation entre vérité matérielle et vérité juridique n'est plus subie ; elle devient voulue.

B) L'ADÉQUATION IMPARFAITE VOULUE

Dans le souci d'assurer pleinement sa double fonction d'ordre et d'organisation dans la société, le droit prend certaines libertés avec la vérité matérielle des faits. En premier lieu "*il*" a conscience que la vérité juridique qu'il élabore au cours de l'exercice de cette fonction ne saurait appréhender immédiatement et intégralement toute la réalité concrète sans risque de paraître insupportable, car absolue, aux justiciables.

La tolérance du caractère impératif du droit suppose la préservation d'un espace de liberté au profit des personnes. Cependant cette louable préoccupation cesse là où le droit poursuit un objectif prioritaire. En ce cas c'est la poursuite d'une satisfaction idéale dans l'exercice de sa fonction qui préside à l'inadéquation voulue .

1) La préservation d'un espace de liberté

L'application des règles de droit n'est supportable que si elle respecte l'intimité de l'homme (90) et tolère l'existence de libertés inhérentes à sa personne. Cette intimité sera atteinte si la recherche absolue d'une vérité matérielle pour l'application d'une règle de droit viole les secrets personnels de l'homme ou de sa

(87) Cf. à titre d'exemple le droit du bénéficiaire d'une promesse de vente.
(88) Cf. à titre d'exemple la caducité du contrat de mariage dans l'hypothèse où le mariage n'est pas célébré.
(89) À titre d'illustration Cf. J. Ellul : "*Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*", p. 27 *in* Archives de philosophie du droit tome 8.
(90) Cf. art. 9 du code civil : "*Chacun a droit au respect de sa vie privée*".

famille. Afin d'éviter cet écueil le droit entretient, en matière de preuve, une certaine inadéquation entre vérité juridique et vérité matérielle. Dans le même esprit le droit se préserve d'intervenir dans une sphère personnelle à chaque individu, sphère dans laquelle la personnalité de l'être peut s'épanouir sur un plan strictement humain, indépendamment de toute considération juridique.

a) Le domaine de la preuve

L'inadéquation voulue entre la réalité des faits et la vérité juridique résulte en partie du droit de la preuve puisqu'il en est judiciairement le lien. La preuve est l'instrument de consécration d'une vérité juridique profitable au système de droit, parfois *"aux dépens"* d'une vérité matérielle interprétée (91). Il en est ainsi à propos des présomptions de fait dont, en droit de la famille, la possession d'état (92) et des présomptions légales avec, à titre d'exemple, l'article 312 du code civil : *"pater is est"* (93). C'est justement en matière de droit de la filiation que nous est fournie l'illustration la plus topique de cette inadéquation entretenue (94). En matière de preuve les progrès scientifiques confèrent aux résultats des analyses médicales un degré de probabilité confinant à la certitude (95).

Le champ de liberté dont le droit disposait pour établir sa vérité relative sous forme de présomption se réduit d'autant (96). En présence d'une certitude scientifiquement établie il convient dorénavant de faire un véritable choix, sans artifice, entre vérité matérielle certaine et vérité juridique élaborée (97), légitimation d'une apparence figurative. Dans un premier temps les auteurs et la jurisprudence ont été séduits par les résultats probants des analyses biologiques. Ils leur ont accordé une large part dans le mécanisme des preuves notamment à propos de l'établissement de la filiation paternelle (98). En ce sens on opte pour une affirmation de la vérité matérielle issue d'une certitude scientifique (99) (100). Ainsi peut-on et devrait-on exclure de manière certaine, après recherche sérologique la parenté prétendue ou apparente, scientifiquement incompatible avec l'enfant (101). Cette recherche

(91) Cf. sur ce point P. Louis-Lucas : *"Vérité matérielle et vérité juridique"* in Mélanges à R. Savatier, lib. Soufflot 1965, p. 587.
(92) Cf. J. Groslière : *"La possession d'état, pivot du droit de la filiation, ou le danger d'une vérité sociologique"*, D 1991 chron. 149.
Cf. dans le domaine matrimonial : Y. Seillan : *"La possession d'état d'époux"* in Mélanges à J. Brethe de la Gressaye, éd. Bières, Bordeaux 1967.
En droit de la filiation : - J. Massip : *"La preuve de la filiation naturelle par la possession d'état"* Defrénois 1982 art. 32935 p. 1265. - J. Vidal : *"Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation"* Mélanges Hébraud 1981, p. 887 s.
(93) Sur cette notion Cf. - D. Huet-Weiller : *"Requiem pour une présomption moribonde"* DS 1985 chron. 123. - P. Raynaud : *"Le démantèlement de la présomption de paternité légitime"* DS 1985 chron. 205.
(94) Cf. J. Vidal : *"La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation"* in Mélanges dédiés à G. Marty. Univ des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 1113.
(95) Bien que cet article soit de date ancienne, les développements prophétiques de l'auteur sont dignes d'être rapportés : R. Nerson : *"Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial"* in Mélanges Ripert, tome I, p. 403 et s.
Cf. A. Bottiau, *"Empreintes génétiques et droit de la filiation"*, D 1989 chron. 271.
(96) J. Rubellin-Devichi : *"L'affaiblissement de la présomption de paternité"* in *"Mariage et famille en question"*, sous la direction de R. Nerson 1978, éd du CNRS tome I, 121.
(97) Cf. sur ce point - M. J. Gebler : *"Le droit français de la filiation et la vérité"*, Paris LGDJ 1970. - R. Théry : *"Véritable père et paternité vraie"*, JCP 1979 éd G. I. 2927. - E. Fortis-Monjal et M. Pratte : Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois : D. S., 1988 chron.. 31.
(98) M. Chateau-Briquet : *"La preuve dans le droit de la famille"* thèse dactyl. Nancy 1988.
(99) Cf. P. Barbier : *"L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation"* RTDC 1949 p. 345. - Aux détriments d'un intérêt privé ou d'une tranquillité sociale : Cass. civ., 1ère sect. 12/2/1960 JCP II 11689 note J. Savatier - Paris 18/5/1961 JCP 1962 II 12460 note Boulbes.
(100) Cf., en matière pénale, l'orientation vers une recherche scientifique pour la poursuite et l'identification des criminels.
(101) Cf. TGI Paris 24/1/1983, D. S. 1983 inf. rap. 327, obs. D. Huet-Weiller.

scientifique a été encouragée par la loi du 3 janvier 1972 qui pressentait une évolution significative dans la potentialité de ses résultats. En cet esprit on a admis la preuve positive d'une paternité basée sur la quasi-certitude scientifique (102), satisfaisant aux conditions de vraisemblance légalement exigées (103).

En effet, c'est en terme de vraisemblance et non de vérité qu'il convient d'apprécier la réalité d'une paternité. Ainsi des considérations d'opportunité sociale voire morale permettent de douter de la pertinence de présenter une *"vérité biologique"* différente de la vérité juridique (104). La vérité scientifique ignore les circonstances humaines (affectives et sociologiques) qui doivent présider aux décisions rendues en matière de filiation. Ainsi le rapport judiciaire entre possession d'état, vérité juridique à dimension humaine et analyses sérologiques, vérité juridique à certitude scientifique, s'apprécie sous le respect d'intérêts parfois divergents : l'enfant, la famille, l'état en sa politique de la famille, l'état en sa satisfaction de l'ordre public. Alors qu'une filiation est légalement établie, faut-il faire place au résultat contraire issu d'une analyse scientifique... Il ne convient pas de sacrifier l'intérêt de l'enfant et la paix d'une famille au nom d'une *"vérité vraie"* dont l'existence ne pourrait procurer qu'une satisfaction intellectuelle stérile (105).

C'est à la vérité des sentiments révélée par les faits, véritable intérêt de l'enfant, à laquelle les juges doivent se référer pour déterminer la filiation ; la certitude scientifique ne venant que suppléer ou corroborer l'existence de cette vérité (106). Dès lors le droit ignore la vérité scientifique réelle pour asseoir une vérité juridique favorable à l'enfant et à la paix des familles. Du domaine de la preuve nous passons au fond du droit. L'adoption ou le respect d'un mode de preuve suppose une volonté de préserver une sphère autonome dans laquelle les droits personnels de l'individu s'épanouissent sans contrainte.

b) Le domaine des droits de l'individu

Il existe des domaines que le droit (système légal, règles juridiques) préfère *"ignorer"* afin de ne pas se discréditer par une intervention considérée comme abusive par les individus. L'inadéquation qui en résulte ne correspond pas à un rejet volontaire du fait par le droit mais à une ignorance entretenue (107). Bien plus

(102) Cette quasi-certitude scientifique permet d'établir la preuve de relations sexuelles, conséquence directe de la preuve de la génération. Ainsi a-t-il pu être admis que le procédé scientifique permet de fonder une action à fins de subsides, la preuve des relations sexuelles résultant de la seule expertise : Cass. civ. 1 10/6/1987, Gaz. Pal. 1988 I, p. 112 note J. Massip.

(103) Art. 311-12 et 313-2 § 2 in fine du code civil. TGI Paris 6/7/1981 D-S 1982 inf. rap. 255, obs. D. Huet-Weiller.

(104) Cf. en ce sens un arrêt de la cour de cassation refusant d'accorder le caractère irréfutable de l'examen des sangs comme mode de preuve d'une filiation : pourvoi C/Paris 1ère Cbre 21 février 1986 : Cass civ 1. C 5/711988.

Contra notons quelques réserves que pourrait susciter l'actuel projet de loi de M. Sapin relatif à la liberté de la preuve de la filiation naturelle (examen du sang mais aussi test génétique) tendant à permettre la recherche de paternité et de maternité sans limitation...

(105) De même la considération de cet intérêt concret de l'enfant devrait permettre au juge d'apprécier la pertinence d'une exception, tirée de l'expiration du délai, opposée à une action en désaveu de paternité et d'en décider, le cas échéant la fin de non-recevoir (art. 316 du code civil).

Cf. sur ce point P. Lagarde : *"Remarques sur le délai de l'action en désaveu de paternité"* in Mélange Voirin, p. 492.

(106) C'est en ce sens que nous pouvons comprendre les dispositions du premier des deux projets de loi du ministre délégué à la justice M. Sapin relatives à la liberté de la preuve de la filiation naturelle (examen du sang mais aussi test génétique), projet évoqué au conseil des ministres le 21 décembre 1991.

(107) Cette attitude du droit par rapport à la vérité matérielle se surajoute à celle de *"recherche, de déformation et de rejet"* déjà relevées par un auteur. P. Louis-Lucas : *"vérité matérielle et vérité juridique"* in mélanges à R. Savatier. Lib. Soufflot 1965, p. 583 et s. De même Cf. *"La vérité et le droit"* (journées canadiennes) - Travaux de l'Association H. Capitant, T. 38 1987, Économica 1989.

qu'une reconnaissance accrue du fait comme source directe du droit (108), il s'agit d'observer une réalité des faits indépendante de toute appréhension juridique. Il en est ainsi à propos de la famille. Les rapports entre ses membres sont d'une telle évidence, vécue quotidiennement, que le droit qui s'y intéresserait, paraîtrait superflu ou d'une subtilité excessive. Ils relèvent plus de règles morales et de moeurs sociales que de concepts juridiques (109). De manière paradoxale et conscience prise d'un tel constat, le système légal reconnaît des droits au profit des membres de la famille pour établir qu'en définitive, il n'intervient volontairement pas dans ce domaine (110). C'est ainsi que le droit civil devient un *"droit de la famille"* fortement teinté des mœurs familiales ou, plus encore, dénué de tout aspect juridique : plus qu'une réelle inadéquation voulue du droit au fait nous observons que le fait s'impose au droit qui, en toute sagesse, l'accepte (111). Les règles de fonctionnement d'une famille ne ressortent que de ses membres et de leur propre conception psychologique, morale, affective et sociale. *"Chaque famille est une société secrète que le droit, dans sa généralité et son abstraction, saisit malaisément"* (112). La raison majeure de cette inadéquation comprise et entretenue par le droit est que la famille poursuit exclusivement un but d'épanouissement physique et intellectuel de ses membres.

De même les règles de droit ne doivent pas attenter à l'homme pris individuellement en son intimité la plus profonde tant physique qu'intellectuelle. À titre d'exemple seules des considérations morales et éthiques devront guider la réflexion sur la détermination du statut de la vie avant la naissance (113), le statut du corps humain (114) et sur la fin de la vie (115).

---

(108) Cf. sur cette émergence du *"Fait"*, source directe du droit : R. Savatier : *"Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques"* in Mélanges Ripert, tome I, Paris LGDJ 1950, p. 75 et s.

(109) Cf. Carbonnier : *"L'hypothèse du non-droit"*, in Archives de Philosophie du droit, n° 8, p. 55 et s.

(110) Cf. à titre d'exemple : le droit à l'inviolabilité des rapports entre époux et entre membres d'une même famille : *"La famille est le siège d'attributs effectifs de la personne humaine"*, in R. Savatier : *"Le droit de la personne à l'échelle des valeurs"* - in Mélanges V. Gothot - Fac. de Droit de Liège 1962, p. 567.

(111) A contrario dès que le climat familial se dégrade ou que s'instaure une mésentente grave, les préoccupations juridiques réapparaissent. Il en est de même à propos des rapports entre la famille et les tiers. Enfin la collectivisation des conditions de vie et la prise en compte par l'état de l'intérêt de l'enfant battent en brèche le principe d'une indépendance complète de la famille heureuse par rapport au droit.

(112) E. du Pontavice : *"Droit de la famille et droit au bonheur"* in Mélanges à P. Voisin, LGDJ Paris 1967, p. 684.

(113) Cf. sur ce point : - Baudouin et Labrusse-Riou : *"Produire l'homme : de quel droit ?"* Étude juridique et éthique des procréations artificielles 1987 - J. S. Cayla : *"Réglementation de la procréation humaine médicalement assistée"* Rev. dr. sanit. et soc. 1988, p. 455. - P. Kayser : *"Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle"* D. S. 1987, chron.. 189. - M. T. Meulders-Klein : *"Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées"* RTDC 1988, p. 645. - F. Meyer : *"La protection juridique de la vie ante natale"* Rev. dr. sanit. et soc. 1987, p. 571. - J.-B. D'Onorio : *"Biologie, morale et droit"* JCP 1986, éd. G. I, 3261. - N. de Puybusque : *"Procréation artificielle et droit"* Gaz. pal. 1988 I doctr. 161. - Raynaud : *"L'enfant peut-il être objet de droit"* D 1988 chron. 109. - J. Robert : *"La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit"* Rev. dr. publ. 1984, 5. - J. Rubellin-Devichi : *"La gestation pour le compte d'autrui"* D. S. 1985 chron.. 147. - Rubellin-Devichi : *"Procréations assistées et stratégies en matière de filiation"*, JCP 1991; I, 3505 - A. Sériaux : *"Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence"* D. S. 1985 chron. 53. - Terré : *"L'enfant de l'esclave, génétique et droit"* 1987.

Au niveau jurisprudentiel nous retiendrons l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence prononçant la nullité d'une association facilitant la procréation pour autrui à l'aide de mères porteuses au motif : *"qu'une convention portant sur un enfant, qui est un être humain et non une chose, est contraire à la loi et heurte le sens moral commun"*, Aix-en-Provence, 29/4/1988, Gaz. pal. 17/1/1989 note Biasca, JCP 1989 II 21191, note Pedrot.

(114) Sur l'indisponibilité du corps humain : - R. Savatier : *"Le droit de la personne et l'échelle des valeurs"* in Mél. V. Gohot - Faculté de droit de Liège 1962, p. 589. - M. Rolland : *"Le respect de l'homme et l'expérimentation médicale"* in Amicorum discipiorumque Liber - René Cassin - éd. Pedone Paris 1969. - Doll : *"L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes"* Gaz. pal. 1974, II, doctrine 820. De même Cf. la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements

En ce domaine le rôle du droit se résout au simple entérinement souvent difficile car inadéquat, de directives issues d'un comité d'éthique (116). Cette fonction du droit permet de brider les recherches scientifiques en opposant la personne même de l'homme aux visions scientifiques totalement matérialistes (117). Il s'agit de se prémunir contre les dangers de l'eugénisme. En ce domaine, le droit accepte cette inadéquation en s'efforçant de respecter la conscience de chacun quant à ces problèmes inhérents à la personnalité de l'être. Il s'agit d'un gage de crédibilité et d'acceptation du droit par les individus.

Le droit ne saurait ignorer la réalité de ces problèmes (118) mais ne peut les résoudre uniquement selon ses propres impératifs : maintien de l'organisation sociale et respect de l'ordre public. C'est pourtant ces derniers que le droit poursuit et que s'affirme alors avec éclat une disparité entre réalité matérielle et construit juridique. Dès lors il ne s'agit plus pour le droit du souci de paraître crédible ou facilement acceptable en son application mais surtout de satisfaire à sa mission d'ordre et d'organisation (119). L'inadéquation voulue résulte aussi de la fonction première du droit.

2) La fonction du droit

Le construit juridique interprète les faits qu'il appréhende afin de les faire participer à l'édification d'un équilibre social qui repose, en partie, sur le maintien de l'ordre public. De même il induit subtilement dans cette interprétation une connotation particulière afin de rendre possible dans l'esprit des individus la promotion d'une politique.

a) La défense de l'ordre public et social

Le droit, science sociale, poursuit un but de paix sociale, d'équilibre entre les individus et l'ordre dans la société. Cette fin suppose une modélisation juridique des comportements humains afin de les rendre cohérents avec l'ordre public défendu. Alors que la motivation de l'activité humaine se définit dans une réalisation propre de l'individu teintée d'un altruisme prudent, il ne peut résulter de cette modélisation qu'une inadéquation entre vérité matérielle et construit juridique. Ce dernier s'impose aux individus puisque voulu par le droit sur la base de la satisfaction de sa propre fin. Cette fois le droit s'impose à la vérité matérielle et, particulièrement, à la

---

d'organes ainsi que celle du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Enfin rappelons que le principe d'indisponibilité du corps humain a été réaffirmé lors de l'évocation d'un projet de loi *"Bianco"* relatif au don d'organes et éléments du corps (mars 1992). En matière jurisprudentielle, Cf. un arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 31/5/1991 : JCP 1991 IV 287 rappelant le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et sanctionnant toute convention ou association de mères porteuses.

(115) Cf. - X. Labbée : *"La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort. Contribution à l'étude des droits de la personnalité"*, thèse Lille II, 1986. - Le Clère : *"Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine"* D 1964 chron. 167. - Portnoi : *"A propos de la définition légale de la mort"*, Gaz. Pal. 1988 I, doctr 300.

(116) Cf. à titre d'exemple : *"Recherche biomédicale et respect de la personne humaine"*, rapport du Comité national d'éthique, la Documentation française, décembre 1987, p. 42.

(117) Cf. sur ce point un article de R. Poirier : *"Rationalité juridique et rationalité scientifique"* in Archives de philosophie du droit, tome 23, p. 11.

(118) Cf. R. Nerson : *"Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial"* in mélanges Ripert 1950, Paris LGDJ, p. 411.

(119) Cf. sur ce point le mécanisme de fiction défini comme un *"artifice de technique juridique "mensonge de la loi" consistant à supposer un fait ou une situation différent de la réalité en vue de produire un effet de droit"* - G. Cornu - vocabulaire juridique - 1987 - P.U.F.

volonté de l'homme (120). L'ordre public est le point de rencontre entre l'intérêt public et la volonté individuelle. En l'espèce le construit juridique ne coïncide pas avec la réalité matérielle modelée par la volonté de l'homme ; il la contraint (121). Lorsque le droit assure sa mission d'ordre public, il ne se conçoit plus par rapport à la *"vérité"* mais uniquement par rapport au but qu'il s'est assigné (122). Or, justement, le but poursuivi par le droit ne doit pas s'entendre que de la seule satisfaction d'un ordre public coercitif (123). De même la volonté de promouvoir un développement économique (124) (125) ou une protection (126) sociale ou juridique pour une catégorie d'individus réputés vulnérables peut révéler une inadéquation entre le droit et la réalité brute des faits.

Plus qu'un simple élargissement de la notion traditionnelle d'ordre public (127), il s'agit véritablement de la promotion par le droit d'une politique.

b) La promotion d'une politique

Sans se préoccuper de la nature hiérarchique susceptible d'exister entre droit et politique, nous affirmons l'existence d'un lien entre ces deux disciplines, lien entretenu par les autorités au pouvoir (128). Il en résulte une concrétisation des options préconisées en terme de normes juridiques générales. Cette opération présente un caractère artificiel puisqu'elle suppose de rendre applicable à tous, sous la contrainte légale, des choix politiques voulus initialement par un groupe de personnes. Le droit objectivise une vision politique subjective de la réalité (129). Le construit juridique se démarque à nouveau de la réalité des faits. Or cette inadéquation est importante dans la mesure où le fait politique occupe une place primordiale dans la vie des personnes (130). La gestion de leurs rapports privés sont l'objet de

(120) Art. 6 du code civil : *"On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"*. Cf. D. Tallon : *"Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais"*, in Mélanges à R. Savatier. Lib. Soufflot 1965, p. 883 et s.

(121) Sur le caractère de force que doit revêtir le droit, nous nous référons à la pensée de Ihering : *"Le droit n'est pas une puissance intellectuelle, ce n'est pas une idée logique, mais une idée de force"* cité par M.-P. Coulombel : *"Force et but dans le droit selon la pensée juridique Ihering"*, RTDC 1957, p. 615.

(122) Le doyen Gény conçoit la technique juridique dans la perspective du but qu'elle permet d'atteindre. Cette perspective en est la raison d'être ainsi que la limite. Cf. Gény : *"Les bases... fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit"*, RTDC 1922, p. 779.

(123) Cf. sur cette notion d'ordre public coercitif : Malaurie : *"Les contrats contraires à l'ordre public"*, th. Paris 1951. - Julliot de la Morandière : *"L'ordre public en droit privé interne"* - Études Capitant p. 381 et s. - Hauser : D. rép. civ. 2° éd : ordre public et bonnes mœurs. - M. Gegout : *"Ordre public et bonnes mœurs"* Jurisclasseur civil art. 6.

(124) Cf. sur la notion d'ordre public économique : - G. Farjat : L'ordre public économique. Thèse Dijon 1963. - P. Raynaud : L'ordre public économique : Cours D.E.S. Droit privé 1965-1966, p. 65 et s. - P. Lemoyne Deforges : Ordre public et réglementation des prix : RTDC 1976, p. 415 et s.

(125) L'ordre public économique se définit comme : *"Les contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique au pouvoir"* : R. Savatier *"L'ordre public économique"* D 1975 chron. p. 37.

(126) Cf. G. Couturier : *"L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve"* in Études offertes à J. Flour - Rép. du Notariat Defrenois 1979, p. 35 et s. Cette notion connaît un *"nouvel essor"* résultant d'une protection accrue des consommateurs issue des dispositions de l'ordonnance du 1/12/1986. J. Calais-Auloy : *"L'ordonnance du 1er décembre 1986 et la protection des consommateurs"* in *"Les libérations en matière de prix et de concurrence"*, Colloque Toulouse 15-16/10/1987, Les Petites Affiches, 28 et 30 mars 1988.

(127) Sur cette notion d'*"élargissement de l'ordre public"* Cf. L. Julliot de la Morandière : *"L'ordre public en droit privé interne"* Mélanges Capitant, Dalloz Paris, p. 389.

(128) J. Dabin : *"Droit et politique"*, Mélanges à R. Savatier, lib. Soufflot 1965, p. 184 et s. De même Cf. *"Le droit investi par la politique"*, Archives de philosophie du droit - tome XVI.

(129) Cf. à ce propos, en droit international privé, le choix artificiel de la nationalité sur le fondement du *"jus soli"* ou du *"jus sanguinis"* qui ne saurait être accepté par tous et dont la réalité juridique diffère souvent de celle issue des faits.

(130) Cf. en matière du droit de la famille l'influence des idées *"politiques"* sur la reconnaissance juridique de la place de l'enfant naturel : - R. Savatier : *"Le projet de loi sur la filiation : Mystique ou*

considérations politiques traduites en *"politique législative"*, dans un esprit de satisfaction communautaire (131).

Il s'agit de traduire juridiquement le bien *"général"* politiquement déterminé. Ainsi la théorie des vices du consentement protège les personnes de leur propre faiblesse incompatible avec la sécurité des transactions favorable au développement des échanges et de l'économie. En l'occurrence cette réglementation peut paraître inadéquate aux réalités commerciales dans lesquelles toute protection obligée d'un contractant s'avère artificielle voire partisane.

En matière pénale, la politique criminelle adoptée et traduite en termes juridiques sera décalée de la réalité brute des faits selon qu'elle est perçue trop douce (132) ou trop répressive par l'individu qui vit concrètement la situation visée idéalement dans les textes (133). Pour pallier cet écueil la politique se pare de l'objectivité du droit.

En définitive nous pensons qu'à l'image du droit qui use de la morale pour s'imposer plus facilement dans la conscience de chacun, la politique se sert du droit pour revêtir le manteau de l'objectivité et, ainsi, se rendre acceptable par la communauté. Ces emprunts artificiels révèlent en puissance l'inadéquation du droit au fait (134). Nous avons qualifié cette inadéquation de *"perfectible adéquation"* afin de révéler tant la soumission subie du droit aux faits que l'aménagement imparfait de ceux-ci par celui-là. En cette dernière hypothèse, il est parfois de l'intérêt du droit de prétendre à l'impossibilité de son adéquation avec les faits pour masquer la réalité d'une possible adéquation en contradiction avec la politique qu'il poursuit (135).

II - LA POSSIBLE ADÉQUATION ENTRE VÉRITÉ JURIDIQUE ET VÉRITÉ MATÉRIELLE

La vocation du droit est de transposer le réel dans une dimension d'ordre. Il aménage les relations entre individus dans une perspective idéale de satisfaction de chacun, perspective restreinte au niveau du possible. Le caractère instable de l'équilibre entre données réelles en perpétuelle évolution et construit juridique rend cette quête en permanence évolutive. En cet esprit le droit dégage des idées rationnelles et précise les concepts en s'efforçant, autant que possible, de les rendre effectifs et applicables. À l'opposé du concept d'impossible qui présente la certitude

---

réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime" : JCP 1971 éd G. I. 2400. - C. Colombet, D. Huet-Weiller, J. Foyer, C. Labrusse-Riou : *"La filiation légitime et naturelle"*, 2° éd Dalloz 1977. - P. Raynaud : *"L'acte de naissance de l'enfant naturel"* in Mélanges dédiés à G. Marty. Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 903 et *s.* - P. Raynaud : *"L'inégalité des filiations légitimes et naturelles quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ?"* D.S. 1980 chron. 1. - P. Raynaud : *"Les deux familles, Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle"* in Études réunies en l'honneur de M. De Juglart, LGDJ Montchrestien - Éd techniques 1986, p. 63. - F. Bouvier : *"À la recherche de la paternité"* RTDC 1990, p. 349 et *s.* - De même Cf. le mouvement actuel tendant à faire reconnaître un statut égalitaire au profit de l'enfant adultérin.

(131) Cf. sur ce point l'historique des différentes législations sur la famille considérée comme institution nécessaire à l'ordre social ou comme cellule de base au service de l'épanouissement de l'individu. De même Cf. sur ce point la libération des prix issue de l'ordonnance du 1er décembre 1986, texte juridique concrétisant le choix politique d'une économie libérale.

(132) Cf. E. Rotman : *"L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale"* in Recueil en hommage à M. Ancel, éd. Pedone Paris 1975, p. 170 et 171. De même Cf. G. Levasseur : *"La politique criminelle"* in Archives de philosophie du droit, tome XVI p. 131.

(133) Cf. sur ce point la polémique soulevée autour de l'arrêt rendu par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans l'*"affaire Touvier"* (13 avril 1992).

(134) Cette artificialité est aussi un moyen de se dégager des normes existantes afin de promouvoir une politique, évolution souhaitée par la conscience collective. Cf. sur ce point : M. Rotondi : *"Considérations en "fait" et en "droit"*, RTDC 1977, p. 1.

(135) Ainsi peut-on différencier le droit des matières scientifiques et techniques menées dans leur réalisation par une seule loi, celle d'une possibilité objective. Elles réaliseront leurs projets indépendamment de toute considération philosophique ou de danger pour l'être humain.

de ce qui n'est pas, le possible suppose une probabilité dans la survenance de l'événement et, ainsi, une politique qui tend à augmenter le degré de cette probabilité : le droit est l'art du possible (136) et son exercice suppose *"l'autant que possible"*. Cependant l'exercice de cet art n'occupe qu'une fonction supplétive par rapport à ce qui est, en soi, déjà considéré comme une adéquation idéale du droit au fait : la justice immanente.

A) LA NOTION D'"AUTANT QUE POSSIBLE"

La possibilité d'une adéquation du droit au fait suppose la justice. Les personnes en situations concrètes doivent pouvoir estimer les règles juridiques qui régissent leurs situations conformes à leurs aspirations et à leurs conditions de vie. Le droit dispose d'une liberté dans l'appréciation des faits afin de faire naître dans l'esprit des justiciables ce sentiment de justice. Cette marge d'appréciation est aussi perceptible au niveau judiciaire. Les textes légaux investissent le juge d'un réel pouvoir d'aménagement et de composition. Il s'agit pour le juge de combler ce que nous dénommons une *"lacune intra-legem"*.

1) La perception d'un sentiment de justice

Le sentiment de justice repose sur la satisfaction, pour la personne, d'intérêts qui ressortent de deux ordres. D'abord la reconnaissance juridique du bien-fondé de ses prétentions face aux contestations des tiers : la notion de juste stricto sensu. Ensuite le respect de son droit à bénéficier des moyens intellectuels et matériels nécessaires à son épanouissement : la notion de besoin. Eu égard aux circonstances de fait le droit ne peut que tendre, autant que possible, à la satisfaction de ces prétentions et exigences.

a) Le respect de la notion de juste

La démarche suppose, face aux prétentions reconnues, l'abandon d'autres intérêts. La technique juridique de conciliation des intérêts divergents consiste à définir un intérêt fédérateur considéré comme supérieur aux premiers (137). Le sacrifice de leurs intérêts personnels par les individus sera d'autant plus aisé que cet intérêt supérieur qui les intègre se révèle proche de leurs préoccupations quotidiennes. De la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à celle de l'intérêt général (138), le non-respect de son propre intérêt par le droit sera accepté de plus en plus difficilement par la personne. En droit de la famille, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (139) va permettre l'instauration de règles contraignantes pour ses proches. Il suppose l'absence de satisfaction intégrale de l'intérêt propre de ces derniers. Il en est particulièrement ainsi à propos de l'attribution de l'autorité parentale consécutive

(136) La probabilité est au possible ce que le difficile est à l'impossible. En appréciant la réalité du terme difficile dans les situations de fait, le droit devient l'art de l'impossible.
(137) L'intérêt peut se définir comme un avantage d'ordre matériel ou moral que l'individu pourra retirer de manière personnelle du succès de sa prétention.
(138) Cf. sur ce point nos précédents développements sur l'ordre public, corps de règles contraignant pour l'individu en vue de la satisfaction de cet intérêt général.
(139) Notre propos n'est pas ici de relever la relativité d'une définition de l'intérêt de l'enfant qui peut varier d'une espèce à l'autre. Cf. sur ce point P. Malaurie-L. Aynès, Droit de la famille, Éd Cujas 1987, n° 553. - Cf. sur cette notion : - I. Théry : *"La référence à l'intérêt de l'enfant"* in O. Bourguignon et autres - *"Du divorce et des enfants"* - préf. L. Roussel, Cahier n° 111 de l'I.N.E.D. PUF 1985, p. 33 et s. - R. Le Guidec : *"L'intérêt de l'enfant en droit civil français"* th. Nantes Ronéo 1973. Cf. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'article 9-3 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26/1/1990.

à la rupture du couple. À défaut d'autorité parentale conjointe, au moins l'un des époux perdra la réalité des droits dont il disposait sur l'enfant sous le motif du respect de son intérêt (140) (141).

Cette motivation facilite l'acceptation d'une perte de ses droits par l'un des parents. L'intérêt de l'enfant sublime les intérêts personnels de ses proches et conforte l'idée de justice dans l'esprit de la personne contre laquelle les mesures sont prises. En droit de la filiation l'intérêt de l'enfant dont la filiation légitime est corroborée par une possession d'état fait perdre à toute personne le droit d'établir une filiation naturelle à son égard (art. 334-9 du code civil).

De même en matière d'inceste, l'intérêt de l'enfant limite l'établissement de sa filiation qu'à un seul des deux liens qui la composent (art. 334.10 du code civil). Les pertes de droit subies par l'un des proches de l'enfant apparaissent légitimes en ce qu'elles tendent au respect de l'intérêt de ce dernier. Les règles légales correspondent, autant que possible, à une juste appréhension des données réelles : l'enfant est source de joie pour les parents qui, en son intérêt, acceptent de nombreux sacrifices. Dans une moindre mesure, un raisonnement similaire sera tenu à propos de l'intérêt de la famille (142) qui peut faire naître chez une personne un sentiment de résignation voire d'acceptation de la perte juridiquement prévue de certaines de ses prérogatives. Il en est ainsi à propos de l'aliénation du droit de propriété personnel dont l'un des époux dispose sur l'immeuble destiné à assurer le logement de la famille (art. 215 al. 3 du code civil). De même, avec l'instauration d'une réserve héréditaire entamant le droit de disposer à titre gratuit, l'intérêt de la famille atteint a posteriori les prérogatives que l'un de ses membres tire du droit de propriété. L'attribution préférentielle au conjoint survivant (art. 832-2 du code civil) ou le droit de préemption au profit des coindivisaires (art. 815-14 et 815-18 du code civil) constituent aussi des limites apportées à la libre affectation des biens du de cujus. Enfin la recevabilité d'une requête en demande de changement de régime matrimonial sera conditionnée par l'appréciation de l'intérêt de la famille (art. 1397 du code civil). La violation de cet intérêt que suppose la fin de non-recevoir rendra acceptable aux yeux des époux cette atteinte portée à la liberté dont ils devraient disposer, à défaut de règles juridiques, quant à la gestion de leurs biens. Cette résignation n'existe qu'en présence de liens privilégiés que l'institution familiale est censée instaurer dans les faits entre la personne atteinte dans ses droits et ses proches. C'est dans un contexte similaire qu'il convient d'analyser les restrictions apportées au droit des copropriétaires sur leurs lots. L'intérêt de la copropriété est analysée ici en termes de *"conformité à la destination de l'immeuble"* (143).

Enfin, en droit des affaires, l'intérêt de l'entreprise sera fédérateur de l'ensemble des intérêts catégoriels des membres de l'entreprise. Ces derniers accepteront l'abandon légalement prévu d'une partie de leurs prérogatives puisque dans les faits, la gestion de l'entreprise exige l'instauration d'un tel compromis (144).

La conciliation d'intérêts divergents suppose la recherche d'un équilibre défini comme la satisfaction d'un intérêt considéré supérieur, satisfaction qui rend possible, au nom de cet intérêt, l'adéquation du droit aux faits. La satisfaction de cet intérêt

(140) La loi Malhuret (22/7/1987) reconnaît l'intérêt de l'enfant en permettant au J.A.M. d'écarter les règles légales quant à l'octroi de l'autorité parentale exclusive au père ou conjointe aux père et mère. (Cf. art. 374 du code civil).

(141) Cf. cependant le passage d'une prise en compte de l'intérêt de l'enfant à l'intérêt porté à l'enfant... En ce sens, pour une mesure de tutelle prise au bénéfice de l'enfant. Cf. art. 408 et 409 du code civil.

(142) Malgré une évolution certaine en faveur de l'épanouissement individuel de chacun de ses membres la famille a gardé une finalité particulière et, corrélativement, un intérêt qui lui est propre.

(143) Cf. sur ce point : H. Souleau : *"Le droit de disposer d'un lot dans un immeuble en copropriété"* in Études offertes à J. Flour, Rép. du Notariat, Defrénois, 1979, p. 409 et s.

(144) Cf. sur la notion d'intérêt de l'entreprise, légitimation du pouvoir dans l'entreprise notre thèse *"Le chef d'entreprise"* Dactyl. 1991 Lille II, p. 334 et s.

anime un sentiment de justice entretenu par le droit dans l'esprit des individus. Cette préoccupation ne saurait être exclusive. De même la personne est à la recherche de ce qu'elle estime être utile et nécessaire. Une possible adéquation du droit au fait suppose aussi, autant que possible, la satisfaction par le droit de ses besoins.

b) Le respect de la notion de besoin

Le droit doit, autant que possible, procurer à l'individu les moyens d'agir afin d'obtenir la satisfaction de ses besoins (145) en réponse aux exigences de fait (146). C'est en matière alimentaire qu'il nous est fourni une illustration topique de cette possible, car souhaitable, adéquation du droit aux faits (147). L'exercice de l'obligation alimentaire est invoqué dans le cadre familial par le nécessiteux afin d'obtenir la satisfaction de ses besoins individuels. Le droit est soucieux de cette situation de *"manque"* en ce sens que le créancier ne peut renoncer à son droit alimentaire. De même l'engagement du débiteur ne s'analyse pas en une obligation de donner mais en une obligation de faire : fournir les *"aliments"* nécessaires à la satisfaction des besoins du créancier (148). L'étendue de l'obligation sera donc fonction des circonstances économiques (149). La même considération existera au moment de la fixation du montant de la prestation compensatoire qui se substitue, sous certaines conditions, au devoir de secours qui liait les anciens époux (150). Cependant la similitude entre obligation alimentaire et prestation compensatoire s'estompe en présence du caractère forfaitaire de celle-ci, empêchant toute révision postérieure *"même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties"* (151).

Cette *"ignorance"* des conditions de fait, légalement instituée, n'est pas de nature à instaurer une parfaite adéquation entre le droit et les données concrètes, bien qu'en extrême limite la possibilité d'une telle adéquation soit préservée (152). Nous avons apprécié la notion de besoin entre personnes unies, ou l'ayant été, dans des liens familiaux légalement privilégiés (153). Or la notion de besoin suppose, de manière corrélative, celle de devoir. Ce concept s'apprécie fort difficilement en termes juridiques, puisque soumis à l'appréciation philosophique de chacun. Ainsi le

(145) Cf. sur cette notion : A. Sayag : *"Essai sur le besoin créateur de droit"* biblio. de droit privé, 1969, LGDJ, tome XCIV, p. 46 à 69. Comme toute appropriation d'un terme commun par le droit, la relativité entoure toute tentative de définition du terme *"besoin"* : manque de ressources, indigence, difficultés financières... etc. Cf. sur ces difficultés : A. Battifol : *"Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique"* in Mélanges dédiés à G. Marty, Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 35 et s.

(146) Cf. sur la prise en compte des besoins financiers d'un enfant pour bénéficier d'un enseignement et d'une formation l'art. 28-1-b) de la convention relative aux droits de l'enfant du 26/1/1990.

(147) Cf. sur l'étude de la notion de *"besoin"*, condition et mesure de l'exercice de l'obligation alimentaire : D. Everaert : *"L'obligation alimentaire, essai sur les relations de dépendance économique au sein de la famille"*, p. 266 et s. thèse Lille II, Tome I, 1992.

(148) Le droit pénal sanctionne le non-respect par le débiteur de son obligation alimentaire sous la prévention d'abandon de famille : art. 357-2 du code pénal.

(149) À cet égard l'article 208 § 1 du code civil prévoit que *"les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit"*. Cette prévision légale permet de différencier le fondement de l'obligation alimentaire de celui de la contribution aux charges du mariage (art. 214 du code civil). En cette hypothèse la contribution est due, quel que soit l'état ou non de besoin dans lequel se trouve le conjoint.

(150) Art. 271 du code civil : *"La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible"*.

Cf. Durrande : *"Le contentieux de la prestation compensatoire après divorce"* D. 1983 chron. p. 191.

(151) Art. 273 du code civil.

(152) *"Si l'absence de révision devrait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité"* (art. 273 du code civil in fine). Sur l'appréciation de cet article cf. A. Benabent, Traité de Droit civil, *"la famille"*, éd Litec (4ème édition, 1991) p. 297.

(153) Cf. cependant le projet de loi sur la filiation présenté à l'assemblée nationale le mardi 28/4/1992 établissant l'obligation alimentaire aussi bien pour une filiation naturelle que légitime.

droit ne sanctionne pas directement les rapports alimentaires entre frère et sœur, oncle ou tante, voire même entre époux divorcés sans qu'ils soient juridiquement institués (154) (légalement ou judiciairement).

Il les appréhende sous la forme d'obligation naturelle. Cette institution révèle la prudence du droit qui n'entend pas entériner des engagements qui ne relèvent que de considérations factuelles, morales ou d'honneur. Elle révèle la limite d'une possible adéquation du droit aux faits.

Toute prise en compte des circonstances de fait n'est cependant pas exclue. Les textes légaux invitent eux-mêmes à se référer aux usages issus de l'expérience des faits pour leur application. Par l'emploi de l'expression *"autant que possible"* la loi invite à tenir compte des circonstances factuelles et à résoudre les difficultés de son application concrète. La notion d'*"autant que possible"* s'analyse ainsi en une invitation à combler une lacune intra-legem (155).

2) Le comblement d'une lacune intra-legem

La notion d'*"autant que possible"* évoque le problème de l'application d'un texte en termes de fait, de conduite sociale en usage, de manière habituelle de procéder... Elle fait appel aux facteurs actifs de la vie sociale. Cependant l'ensemble des problèmes issus de l'application des articles de loi ne reçoivent pas leur résolution en ces termes. Seuls quelques domaines sensibles exigent que le droit, prudent, concède cette place primordiale aux faits. La loi pose le principe de leur prise en compte afin de rendre, autant que possible, son application la plus adéquate à l'intérêt et aux besoins de l'individu. Elle laisse à la justice en mouvement le soin de s'y référer de manière effective. La loi investit les juridictions d'un pouvoir de juger en fait, quasi-discrétionnaire.

a) Le champ d'application

Une analyse approfondie du code civil permet de déterminer trois domaines dans lesquels les conditions d'application des textes sont soumises au régime de l'*"autant que possible"*. En matière de rédaction d'acte d'état civil la loi prend en considération les difficultés de réunir l'ensemble des renseignements normalement requis pour permettre, à défaut d'acte de naissance, l'établissement d'un acte de notoriété qui rapporterait, autant que possible, l'époque de la naissance (art 71 du code civil). La même considération de réunir au mieux l'ensemble des éléments normalement indispensables présidera à la prise d'un acte de décès (art. 78 et 79 du code civil). Une formule se rapprochant de *"l'autant que possible"* est employée à propos des conditions de publication d'un mariage célébré dans l'un des cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 93 du code civil (156).

Cette publicité s'établira, *"si les circonstances le permettent"*, au lieu du dernier domicile du futur époux (art. 96 du code civil).

Une différence entre ces deux expressions demeure en ce que, malgré les difficultés, l'*"autant que possible"* reflète un souhait du législateur de voir l'acte

(154) Cass. civ. 9/511988 D 1989 p. 289 note Massip.
(155) Sur cette notion de lacune en droit Cf. les travaux du centre national de recherches de logique : *"Le problème des lacunes en droit"*. Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, établissement Émile Bruylant, 554. De même Cf. G. Kalinowski : *"La logique des lacunes en droit"* in Archives de Philosophie du droit - Tome XIV p. 353. Enfin Cf. Coet : *"Les notions - cadres dans le code civil. Études des lacunes intra legem"* - Les Petites Affiches 1986 n° 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 101, 105.
(156) Mariage concernant un militaire en fonction hors de la France métropolitaine ou sur le territoire français lorsque par suite de mobilisation ou de siège, le service municipal de l'état civil n'est plus régulièrement assuré.

d'état civil dressé dans les conditions légalement prévues. À l'opposé nous pensons que l'expression *"si les circonstances le permettent"* ne fait que prendre acte, de manière purement objective, de la difficulté de respecter les formalités, sans qu'il y ait préoccupation manifeste de cette situation par la loi.

En toute hypothèse c'est une prise en compte de l'environnement difficile dans lequel s'inscrit la rédaction d'actes d'état civil qui mène le législateur à tolérer le défaut d'éléments jugés indispensables en conditions normales. Cette tolérance se traduit par l'*"autant que possible"*. Une prise en compte similaire des difficultés circonstancielles est perceptible au niveau de la convention relative aux droits de l'enfant lorsqu'il s'agit de rétablir son identité dont il est illégalement privé (157) (158).

Le second domaine d'intervention de l'expression *"autant que possible"* correspond à un souci de protection d'une personne estimée vulnérable. Ainsi à l'égard des mineurs faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative fait-on appel à une casuistique raisonnée dont l'objectif est de garantir un équilibre psychologique de l'enfant facilité par le maintien dans son milieu actuel, *"chaque fois qu'il est possible"* (art. 375-2 du code civil). Le même souci de protection d'ordre psychologique doit bénéficier à la personne protégée. Son logement et les meubles meublants dont il est garni doivent être conservés à sa disposition *"aussi longtemps que possible"* (art. 490-2 du code civil) (159). L'intérêt du mineur passe aussi par le choix d'un conseil de famille représenté par les deux lignes de sa parenté. Dès lors le juge des tutelles doit éviter, *"autant que possible"* et eu égard aux circonstances, de laisser l'une des deux lignes sans représentation (art. 408 du code civil) (160).

Enfin la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 prévoit de manière générique, au profit de l'enfant, l'assurance d'une survie et d'un développement *"dans toute la mesure possible"* (161). De manière plus pragmatique la protection s'entend aussi de l'assurance pour l'époux divorcé d'obtenir de l'autre compensation, *"autant que possible"* de la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux (art. 270 c. civ.). *"L'autant que possible"* tient compte des données économiques parfois contraires pour tenter de satisfaire au souhait de la loi (162). Une prise en compte du même ordre s'effectue en matière de droit de l'entreprise lorsqu'il s'agit de décider de la continuation de l'entreprise en présence, eu égard au rapport de l'administrateur, de possibilités sérieuses de

---

(157) Art. 8 de la convention de New-York du 26/1/1990 ratifiée par la France le 8/10/1990. Les difficultés circonstancielles tiennent ici à l'existence en matière internationale de plusieurs souverainetés, et systèmes juridiques jaloux de leur indépendance. Toute action directe au bénéfice d'un enfant en vue de rétablir son identité n'est réalisable qu'*"aussi rapidement que possible"*. Cf. sur ce point le projet de loi sur la filiation examiné à l'assemblée nationale le 28/4/1992 qui permettrait d'élargir les mesures d'expertise génétique afin de rendre plus générales et absolues les preuves positives d'origines biologiques et ainsi de rendre plus crédible cet *"autant que possible"* (dans toute la mesure du possible) de l'art. 8 de la convention.

(158) Dans un tout autre domaine : le droit maritime ; l'environnement difficile dans lequel évolue le capitaine du navire est pris en compte au niveau de l'appréciation de ses obligations. Cf. à ce sujet l'ancien article 241 du code de commerce qui obligeait le capitaine dont le navire devait être abandonné à sauver les marchandises "autant que faire se peut".

(159) Ainsi que le remarque Monsieur Massip : "La réforme du droit des incapables majeurs" n° 59. L'expression "aussi longtemps qu'il est possible" à propos de la conservation du logement est susceptible d'engager la responsabilité d'un administrateur des biens du malade mental en cas de non respect.

(160) Le même souci devra guider, en matière de tutelle, le conseil de famille dans le choix du subrogé tuteur, autant que possible, dans l'autre ligne que celle déjà représentée par le tuteur. À propos de l'ouverture même de la tutelle le juge sollicité entendra "lui-même, autant qu'il est possible, les parents, alliés et amis de la personne à protéger. (art 1248 du NCPC). Un souci identique apparaîtra au niveau du jugement de mainlevée.

(161) De même en faveur de la protection des enfants dans un conflit armé : *"prise de toutes les mesures possibles dans la pratique"* (art. 38.4 de la convention relative aux droits de l'enfant).

(162) En Angleterre l'article 5 section 2 du matrimonial proceedings and property act procède du même esprit, à un degré supérieur, puisque l'expression employée est : *"dans toute la mesure du possible"*.

redressement et d'apurement du passif (163) (art. 69 de la loi du 25 janvier 1985). Le souci de protection porte alors sur l'entreprise même. Ce souci de protection d'une *"personne"* estimée, dans certaines circonstances de fait, vulnérable s'affirme aussi dans l'article L 162-4 de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Quel que soit le lien naturel ou légitime institué entre le père et la mère, celui-là ne dispose d'aucun droit direct afin de garantir l'avenir de l'embryon porté par la mère désireuse d'avorter. Dans ces conditions il apparaît digne de protection au niveau même de la procédure suivie à l'occasion d'une I.V.G. Ainsi est-il prévu la participation du père à l'entretien préalable *"chaque fois qu'il est possible"*. La signification de cette expression donne lieu à diverses interprétations (164). D'un simple vœu pieux à l'exigence d'une impossibilité motivée, on pourrait déduire de cette locution une simple obligation pour la mère d'indiquer les causes de sa seule présence audit entretien. Cependant, au-delà de ces interprétations supposées ou jurisprudentiellement établies, nous pensons que l'emploi de l'expression *"chaque fois qu'il est possible"* démontre une inadéquation du droit aux faits rapportée au problème du statut juridique de l'embryon. En effet si le droit considère l'embryon comme une personne à part entière (dès la conception) la mère ne possède pas plus de droit que le père quant à l'avenir de cet enfant en puissance : la notion de famille prédomine. Par contre elle dispose d'une liberté exclusive d'en disposer si l'on en vient à nier la personnalité de l'embryon : la notion de femme prédomine.

En privilégiant cette seconde hypothèse (165) le droit n'apporte qu'une solution purement technique au problème de la conciliation entre le droit à la vie et l'autorisation légale de supprimer un embryon avant dix semaines. Mais cette solution technique n'entame en rien le réel débat de fond qui touche au domaine éminent de la bioéthique et de la morale. La problématique demeure et le droit, hésitant ou prudent, relativise les exigences légales qui devraient être respectées si l'on adoptait, au fond, l'une ou l'autre alternative. Il ne prévoit leur respect qu'*"autant que possible"*.

Le dernier domaine d'intervention de cette expression révèle un double souci en matière de partage : la recherche virtuelle d'une égalité dans les parts et la volonté de ne pas déstructurer une entité. Les règles du droit des successions s'établissent en cet esprit. L'article 832 du code civil préconise, dans l'hypothèse d'un partage sans morcellement des héritages ni division des exploitations, une composition de lots, *"autant que possible"*, *"en meubles ou immeubles, de droits ou de créances de valeurs équivalentes"* (166). Dans le cas d'un rapport à succession qui n'est pas effectué en nature, l'article 832 souhaite que les prélèvements des cohéritiers à qui le rapport est dû s'effectuent, autant que possible, *"en objet de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature"*. Le souhait de ne pas morceler les entités de production présentes dans l'héritage du de cujus préside à la législation prise en matière de partage indivisaire. En cette hypothèse la loi édicte les règles qui rendent son souhait réalisable à un degré de certitude plus conséquent que l'*"autant que possible"* (167). Ainsi prévoit-elle quelques règles directives dont le juge devra s'ins-

(163) Sur ce point A. Mignolet : *"Notions économiques de possibilités sérieuses de redressement et d'apurement du passif"* in Rev. des proc. collectives, n° 1989-4.
(164) Cf. en ce sens, F. Dekeuwer-Defossez, note sous C.E. Ass. 31/10/1980 Sem. jur. 1982 Juris. 19732.
(165) Cf. en ce sens la motivation de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 31/10/1980, réf. préc.
(166) Avant le décret-loi de 1938 cet article prévoyait *"autant que possible"* d'éviter le morcellement des exploitations et s'il se peut la composition égale de chaque lot en choses de même qualité et de même nature. Cf. sur ce point R. Savatier : *"Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de partage"* in Mélanges offert à P. Voirin, LGDJ Paris 1967, p. 763 et s.
(167) Cf. sur ce point les règles inhérentes au droit de préemption des coindivisaires (art. 815-14 à 815-18 du code civil) et à l'attribution préférentielle en matière de partage (art. 832 Al 4 et 832-2 du code civil).

pirer pour prendre une décision. Ces procédés de résolution des litiges n'ôtent pas au juge sa liberté d'appréciation. Bien au contraire ils l'invitent à s'appuyer sur une appréciation concrète des faits en présence et des usages et coutumes qu'ils supposent. En ce sens la loi confère au juge un pouvoir jurisprudentiel discrétionnaire.

b) La reconnaissance législative d'un pouvoir jurisprudentiel discrétionnaire

Le vide législatif laissé par l'expression *"autant qu'il est possible"* à propos de la résolution des litiges évoqués est comblé par la jurisprudence. Les juges bénéficient à ce titre d'une marge de liberté considérable pour apprécier si le souhait émis dans les dispositions légales peut être satisfait dans les conditions de fait (168). Bien plus qu'un simple interprète de la loi (169), le juge se pose en censeur des conditions de fait de son application (170). *"L'abdication du législateur engendre le pouvoir du juge"* (171). Cette défection du pouvoir législatif touche les domaines sensibles dans lesquels on ne peut disposer de manière absolue, par principes généraux et abstraits, sous peine de se discréditer aux yeux du justiciable (172). L'*"autant que possible"* préside aux situations dans lesquelles le juge intervient en se constituant sa propre hiérarchie de valeurs et de buts, proche de considérations factuelles (morales ou économiques), par référence à laquelle il disposera, ou non, en faveur du souhait émis par la loi. Il s'agit d'une intégration de la norme obligatoire dans un système casuistique rationnel (173). Seule la dernière des trois qualités du jugement rendu : assertatoire pour l'appréhension du réel, apodictique pour le nécessaire, problématique pour le possible, demeure.

Les motifs adoptés par le juge dépassent le cadre traditionnel du syllogisme dans le raisonnement en s'émancipant des dispositions légales qui lui octroient cette liberté dans sa décision. Dans la mesure d'une habilitation légale (174), le pouvoir juridictionnel exerce une compétence normative (175) dont les prémisses se trouvent en l'article 4 du code civil : *"le juge qui refusera de juger sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice"*. Cependant il ne s'agit pas tout-à-fait de la même hypothèse. Avec l'article 4 du code civil le juge tient de la loi une liberté de créer sa règle en

(168) À titre d'exemple, Cf. le pouvoir souverain des juges du fond quant à l'appréciation des souvenirs et autres objets qui devront être *"gardés à la disposition de l'incapable"* (art. 490-2 du c. civ. in fine).
(169) À propos de l'interprétation du droit, Cf. *"L'interprétation dans le droit"* - Archives de philosophie du droit - tome XVII.
(170) Cf. sur cette notion Cf. Eisenman : *"Juridiction et logique (selon les données du droit français"* in Mélanges dédiés à G. Marty - Univ. des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 501 et s.
(171) *"La loi du juge, dialogue ou duel"*, J.-L. Bergel in Études offertes à P. Kayser, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1979, p. 29. De même Cf. R. Houin : *"De lege Ferenda"* in Mélanges Roubier, T. I p. 274 et s. (Dalloz 1961).
(172) Sur la richesse de cette notion Cf. *"Formes de rationalité en droit"* - Archives de philosophie du droit - tome XXIII.
(173) Cf. sur ce point les règles inhérentes au droit de préemption des coindivisaires (art. 815-14 à 815-18 du code civil) et à l'attribution préférentielle (art. 832 al. 4 et 832-2 du code civil).
(174) Rappelons qu'il ne s'agit pas de création jurisprudentielle extra-legem (comme le principe *"Fraus omnia corrumpit"*, la théorie de l'abus de droit ou de l'enrichissement sans cause) puisque la loi-même confère ce pouvoir discrétionnaire au juge. C'est ainsi que nous préférons l'expression intra-legem pour signifier que le juge peut aller au-delà de la loi (praeter legem), cette possibilité lui étant octroyée par la loi. Cf. à titre d'illustration jurisprudentielle, le pouvoir souverain des juges du fond qui prennent en compte tout élément (au-delà de l'énumération légale) pour déterminer le montant de la prestation compensatoire : Cass. civ. II, R, 1er/3/1984 ; Bull. civ. II, n° 44.
(175) Cette faculté jurisprudentielle ne semble pas avoir été aperçue par C. Eiseman qui exclut tout jugement *"sans prémisse de règle, dérivant du seul sentiment du juge sur les données et circonstances de l'espèce"*. Cf. C. Eiseman : *"Juridiction et logique (selon les données du droit français)"* in Mélanges dédiés à G. Marty, Univ des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 485. À l'opposé nous pensons que la notion d'autant que possible confère au juge une telle latitude.

empruntant à une coutume, à un usage ou à tout autre système que la loi (176). Avec l'*"autant que possible"* la loi invite le juge à déduire des circonstances de fait la condition de son application et, de manière plus précise, la satisfaction du souhait qu'elle émet pour la résolution du litige (177).

Ainsi en matière d'assistance éducative le juge apprécie discrétionnairement les conditions dans lesquelles, *"chaque fois qu'il est possible, un mineur doit être maintenu dans son milieu actuel"* (178) (art. 375-2 du code civil). Les considérations factuelles qui guident le magistrat empêchent toute censure proprement juridique de la décision nécessaire ou juste qu'il a rendue (179). En ce domaine tout est judiciairement possible en l'absence d'un contrôle juridique de la Cour de cassation (180). Orphelin, le juge cherche une légitimité autre que juridique à sa décision. Il se tourne alors vers des principes qui, s'ils ne sont pas légaux, n'en relèvent pas moins d'une justice que nous qualifierons d'immanente.

B) LA NOTION DE JUSTICE IMMANENTE

L'existence d'une justice immanente ne doit rien au système juridique légal pensé par l'homme. Elle découle immédiatement de vérités intemporelles indiscutables, ou considérées comme telles, qui se traduisent juridiquement sous forme de principes généraux. Cependant cette justice ne doit pas être appréhendée qu'à un niveau conceptuel. Sa mise en œuvre dans les faits suppose une souplesse et une marge d'appréciation qui relèvent de l'équité.

1) Les principes généraux du droit

Les principes généraux confèrent au droit une dimension extra-légale susceptible d'instaurer une adéquation du droit au fait, adéquation que le seul système légal s'avère impuissant à établir (181). En résonance à l'opposition entre droit

(176) D'aucuns ont pu affirmer que le juge détenait une véritable compétence normative, indépendante de la loi ; le pouvoir juridictionnel étant le troisième pouvoir. Cf. en ce sens S. Belaid : *"Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge"*, Thèse Paris 1970, Bibl. Philosophie du droit, tome XVII LGDJ 1974. Cf. sur ce problème l'importante bibliographie citée par J. Ghestin in Traité de droit civil : Introduction générale, 3ème éd. J. Ghestin et G. Goubaux, LGDJ 1990, p. 379 et 380.

(177) Nous y voyons l'une des raisons du caractère attractif de la catégorie des jugements provisoires. Le choix judiciaire devient une question de fait. La décision prise sur ces considérations de fait présente un caractère contingent et révisable. Cf. sur ce point : *"Remarques sur le provisoire en droit privé"*. L. Lorvellec in Études dédiées à Alex Weil 1983 Dalloz Litec, p. 385 et s. À la limite ce manque de détermination légal des termes de résolution du litige pourrait faire perdre à la règle son caractère juridique. Cf. en ce sens H. Battifol : *"Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique"* in Mélanges dédiés à G. Marty,. des sciences sociales Toulouse 1978, p. 41.

(178) *"Un enfant vivant dans un appartement exigu et surpeuplé ne peut pas être considéré comme en danger"* (et sorti du cadre familial) *"si ses parents ont entrepris mais en vain toutes les démarches nécessaires pour obtenir un logement plus grand"*, Juge enfants Orléans, 18/10/1974, D.E F. 1975/191.

(179) Le droit y gagne en souplesse, le juge en liberté.

(180) L'absence de contrôle de la Cour de cassation se rencontre lorsque *"la loi vise bien une certaine situation et prévoit aussi la solution qu'elle comporte, mais n'impose pas au juge le devoir absolu d'appliquer en tous cas ces prescriptions"*, G. Marty : *"La distinction du fait et du droit"*, thèse Toulouse 1929, n° 135. Telle est bien l'hypothèse de *"l'autant que possible"*. De même Cf. M. Rotondi : *"Considérations en fait et en droit"* in RTDC 1977, p. 1 et s.

(181) Cf. - Jeanneau : *"La nature des principes généraux du droit français"*, in Études de droit contemporain, Cujas, 1962, p. 203 et s.

- Morange : *"Une catégorie juridique ambiguë, les principes généraux du droit"* : Rev. Dr. pub. sc. pol. 1977, p. 761.

Plus particulièrement :

. En Droit pénal, Mayer, *"Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français"*, Rev. Sc. crim. 1987, p. 53.

. En Droit du travail, Lyon-Caen : *"Les principes généraux du droit du travail"*, in Mélanges Camerlink, Dalloz 1978, p. 35.

objectif et droits subjectifs nous pensons que cette dimension extra-légale s'affirme en l'existence de principes relevant tant du droit naturel que directement, de la personne humaine.

a) Les principes issus du droit naturel

Lorsque le juge estime qu'une application stricte de la loi aboutirait à une solution mauvaise, c'est-à-dire inapte à résoudre le litige de fait conformément aux attentes légitimes des justiciables, il s'appuie sur des vérités intemporelles afin de rendre sa décision conforme à des considérations reconnues (182) de bonté, de morale (183), de vérité, de raison (184) et d'objectivité (185), autant de dimensions ayant pu échapper au législateur (186). Il est vrai que la satisfaction de l'ordre social dans laquelle s'investit le législateur se concilie difficilement avec la poursuite de cette justice idéale, conforme à la nature de l'homme et des choses, en adéquation avec les circonstances de fait (187).

Le droit naturel est un exutoire dont se servent les juristes pour pallier l'inadéquation entre droit objectif et réalité matérielle (188). La même difficulté se pose lorsqu'il s'agit pour le juge d'apprécier dans les faits l'existence et l'exercice de droits subjectifs. C'est ainsi que l'on se réfère aux droits de l'homme inaliénables ou supérieurs à la loi, inhérents à la personne humaine.

b) Les principes inhérents à la personne humaine

Il résulte de la simple existence de l'homme un ensemble de droits innés qui s'affirment en dehors de tout support légal ou reconnaissance juridique *"pensée"* (189). La valeur et la dignité de la personne humaine supplante toute construction juridique nonobstant l'invocation d'un intérêt général ou public. La justice s'y réfère à défaut pour le droit d'appréhender le problème de fait conformément à l'attente des parties ou à une bonne intelligence des faits : une adéquation devient alors possible. Ces *"droits"* extra-légaux ne révèlent qu'une façade de légalité lorsque le juge les invoque pour les sanctionner concrètement (190). Ils pallient l'insuffisance des lois

---

. En Droit communautaire, J. Verges : *"Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire"* in Mélanges Boulouis Dalloz 1991, p. 513 et s.

(182) Cf. sur ce point l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice qui permet de tenir compte des *"principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"*.

(183) Pour une prise en compte limitée de la dimension morale d'un rapport de créancier à débiteur, Cf. l'article 1235 du code civil relatif à l'obligation naturelle.

(184) Cf. à ce sujet la Déclaration universelle des droits de l'homme qui fonde la réalité de ces droits sur la nature même de l'homme. Art. 1 : *"Les êtres humains sont doués de raison et de conscience..."* Il s'agit ici du *"droit des gens"* corrélatif à la raison naturelle du genre humain.

(185) Analysée comme une intersubjectivité qui concilie les droits individuels de chacun.

(186) W. Maihofer : *"Le droit naturel comme dépassement du droit positif"*, in Archives de philosophie du droit, tome VIII, p. 177.

(187) Cf. Motulsky : *"Le droit naturel dans sa pratique jurisprudentielle"*, Mélanges Roubier, tome II, p. 175. Cf. cependant un entérinement par les textes de droit positif de considérations qui, dans le passé, relevaient exclusivement du droit naturel. À titre d'exemple voir l'évolution dans la prise en compte juridique de la nature du préjudice souffert, du strict préjudice matériel au préjudice esthétique via le pretium doloris, et la qualité de la personne qui en souffre (reconnaissance du lien de concubinage).

(188) Ph. Jestaz : *"L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature"* RTDC 1983, p. 233.

(189) Notre propos n'est donc pas de raisonner sur les principes généraux du droit rationalisés par des dispositions légales. Cf. sur ce point J. Boulanger : *"Principes généraux et droit positif"*, Études Ripert, tome I, p. 51 et s. Il s'agit d'aller au-delà de toute construction juridique légiférée ou déduite des textes.

(190) Ainsi le judiciaire se couvre-t-il des libertés qu'il prend avec la loi (stricto sensu) impuissante à rendre une solution concrète la plus juste. Cf. sur ce point les principes considérés comme *"particulièrement nécessaires à notre temps"* prévus dans le préambule de la constitution de 1946 repris par la constitution de 1958. Cet emprunt de légalité permet alors à la Cour de cassation d'exercer un contrôle dans le sens d'une unification du droit plus que d'un strict contrôle juridique de la décision prise. De même confer le rôle du Conseil d'État, garant du respect des grands principes du droit.

qui s'avèrent trop contingentes dans leur désir de régir réglementairement le quotidien. Il s'agit notamment des droits à l'intégrité corporelle et morale (191), à l'honneur, au travail, à fonder une famille, à l'éducation, à la santé, à un niveau de vie décent, à la liberté d'expression, à la liberté d'activité économique (192) (193).

L'ensemble de ces droits (194) ont été repris sous forme de principes dans la Charte des Nations Unies :

- reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que de l'égalité et du caractère inaliénable de leurs droits.
- droits fondamentaux de l'homme, dignité et valeur de la personne humaine.

Enfin nous invoquerons de manière plus précise la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New-York le 26 janvier 1990 et ratifiée par la France le 2 juillet 1990 (195). Invocables directement en droit interne ces principes généraux issus du droit naturel ou inhérents à la personne humaine permettent au juge de dépasser le cadre légal afin de rendre une décision plus juste, rendant possible l'adéquation du droit au fait. Cependant cette adéquation ne saurait résulter que de la seule évocation de ces principes. La justice passe aussi au-delà du droit par une appréciation intuitive et concrète des faits de l'espèce (196). Le droit est l'art du bien mais aussi de l'équité.

2) La notion d'équité

Au côté des principes généraux dont la traduction juridique est susceptible d'être contrôlée par une juridiction suprême s'affirme un espace de liberté inattaquable d'où il résulte un possible aménagement du droit aux faits (197). Cet espace s'affirme en l'existence de règles soucieuses d'égalité et d'équilibre et sous la forme d'une application concrète et réaliste des normes légales. Il s'agit de la notion d'équité traduite au niveau de la conception et de l'application de la règle (198).

---

(191) Richevaux : *"Droits de l'homme et protection des travailleurs"*, Droit social 1988, décembre, p. 854.

(192) Cf. sur ce point la Déclaration universelle des droits de l'homme.

(193) Par un arrêt du 12/11/1969, arrêt Stauder, la Cour de justice des communautés a posé la règle que les droits fondamentaux de la personne font partie des principes généraux du droit communautaire. De même ces principes sont pris en compte par le Conseil constitutionnel : Cf. Rivero : *"Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république : une nouvelle catégorie constitutionnelle"* D 1972 chron. 263.

(194) Sur leur sensibilité proprement européenne Cf. J. Touscoz : *"Les droits de l'homme et l'Europe"*, in Mélanges Boulouis, Dalloz 1991, p. 495.

(195) J.O. 12 octobre 1990, p. 12363. Bien que cette convention prenne formellement rang de loi par cette ratification, elle n'en demeure pas moins recueil de principes généraux par l'esprit et le contexte qui ont présidé à son élaboration.

(196) *"Le secret intime de la vie juridique ne s'aperçoit pas de l'observatoire élevé des spéculations abstraites, mais ne peut être saisi que de près et sur le terrain concret de son développement vivant"*, Fr. Gény - Science et technique en droit privé positif - I, 4.

(197) Cf. à titre d'exemple l'article 240 du code civil instaurant la clause de dureté comme fin de non-recevoir à une demande de divorce pour rupture de la vie commune.
Voir : - Furkel : *"La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?"*, D 1977 chron. p. 83.
- Colombet : *"La clause de dureté dans le divorce pour rupture de la vie commune"* in Mélanges Weil, D. 1983, 139.
- Barbier : *"Le divorce, la religion et l'"exceptionnelle dureté" au sens de l'article 240 du c. civ"* in Gaz. Pal. 8-9 avril 1987, not. p. 8.
- Sur l'appréciation jurisprudentielle portée sur la clause de dureté : cf A. Benabent - Traité de droit civil - La famille, IV éd 1991, p. 249 et s.

(198) Cf. Billet *"Le juge et l'équité"* in Mélanges Rodière, et l'ensemble des références citées en introduction.

a) L'édiction de la norme équitable

Peu de textes comportent en eux-mêmes une référence directe à l'équité. Elle apparaît cependant en deux hypothèses : l'appréciation des faits de l'espèce à la recherche d'un équilibre matériel commutatif et le complément d'une volonté contractuelle non explicite (incomplète ou mal exprimée). Dans le premier cas nous rencontrons le pouvoir modérateur du juge à la recherche d'une justice distributive fondée sur l'égalité, c'est-à-dire d'une *"juste"* adéquation de la norme juridique aux considérations de fait tant sur le fond (199) que sur la forme (200). Cette possible adéquation ne saurait cependant être totalement satisfaite dans le cadre processuel traditionnel. L'équité sous la forme d'une appréciation matérielle et commutative des faits de l'espèce suppose une liberté présente tant au-delà des juridictions nationales (201) qu'à leur côté (202), sous la forme de l'arbitrage (203). Ainsi l'article 1592 donne toute latitude au tiers investi pour fixer le prix de la prestation. Cette investiture garantit aux yeux des parties la réalisation d'une vente équitable. Mais il s'agit déjà d'aborder la seconde réalité que revêt l'équité dans l'édiction de la règle : la régulation des contrats par complément d'une volonté non explicite. Il ne s'agit plus de rechercher l'équilibre commutatif dans les faits matériels de l'espèce mais dans l'engagement réciproque des cocontractants. À ce titre nous reconnaissons au juge un pouvoir d'interprétation (204) mais surtout de correction voire de création au nom de

(199) La recherche de cet équilibre passe souvent par l'exercice judiciaire d'un pouvoir modérateur :
- Modération des dommages et intérêts réclamés au gérant d'affaires en conséquence de ses fautes ou négligences (Art 1374 c. civ.).
- Appréciation modérée des obligations du dépositaire bénévole par rapport au dépositaire rémunéré (Art 1927 et 1928 c. civ.) (Il en est de même à propos du mandat : Art. 1992 § 2 c. civ.).
- À propos du rejet d'une demande en paiement pour dette de jeu jugée "excessive" (Art. 1966 c. civ.)
- L'action de in rem verso.
- La possibilité de réduire le montant des honoraires de certains professionnels : cass. civ. 1ère, 14/1/1976 II 18388.
De manière générale voir sur ce point : C. Brunet : *"Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français"*, thèse Paris 1973.
De même Cf. au niveau strictement légal :
- L'ajout d'une clause de variation au montant de la pension alimentaire (art. 208 c. civ.)
- le caractère équitable de la convention formée par les époux en cas de divorce amiable (art. 278 c. civ.).
- la modération de la clause pénale (art. 1152 al. 2 du code civil), ou de la peine convenue (art. 1231 du code civil) : Cf. Pisant : *"10 ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale"*, Rev. trim. Dt. civ. 1985, p. 647.
- le délai de grâce (art. 1244 c. civ.).
- la dérogation aux règles d'évaluation prévues par le régime de participation aux acquêts (art. 1579 c. civ.).
- le recours à un tribunal en présence d'un règlement de parts de société *"évidemment contraire à l'équité"* (ancien art. 1854 c. civ.).
- appréciation du moment de la réintégration de la chose prêtée (art. 1889 c. civ.).
- fixation d'un terme de paiement à l'emprunteur (art. 1901 c. civ.).
- fixation d'une rémunération raisonnable de l'agent commercial (art. 5 § 3 de la loi n° 91-593 du 25/6/1991).

(200) Cf. en droit processuel la prise en charge des frais irrépétibles :
- art. 700 du nouveau code de procédure civile.
- art. 475-1 du code de procédure pénale.

(201) Cf. sur ce point l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme : *"Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente convention, et si le droit interne de ladite partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable"*.

(202) Bien que les parties puissent conférer au juge lui-même la possibilité de juger en équité en qualité d'amiable compositeur (art. 12 al. 5 du N.C.P.C.).

(203) Dépourvu de lex fori l'arbitrage international échappe aux règles de fond et de procédure de toute juridiction nationale (art. 1496 du N.C.P.C.). Cf. sur ce point M. de Boisseon : *"Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international"* in Études offertes à P. Bellet - Litec 1991, p. 33 et s.

(204) Cf. les articles 1156 à 1164 du code civil.

l'équité (205). Ainsi s'affirme l'existence d'obligations accessoires sous-entendues déduites de l'obligation d'une partie (206) ou de la nature du contrat. Il est équitable de penser que l'engagement contractuel d'une partie suppose l'existence d'obligations connexes qui ne sont pas initialement mentionnées dans la convention (207). La référence à l'équité existe formellement dans la loi mais il semble que cette équité présente dans la norme intéresse surtout les conditions d'application du droit.

b) L'application équitable de la norme

La norme n'abrite plus l'équité en son sein mais s'y soumet sous le poids de considérations morales et humaines. Ici encore on échappe à la rigueur du droit en le rendant cohérent (atténuation, modification) avec les faits : c'est le jugement lui-même qui ressort de l'équité. L'article 565 du code civil prévoit à cet égard que *"le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle"*. Mais le juge peut recourir à l'équité indépendamment de toute recommandation légale (art. 12 du N.C.P.C.). À la recherche d'un équilibre idéal il rectifie a posteriori une inégalité économique (208) ou corrige le défaut d'information souffert par l'une des parties au contrat (209). Dans une certaine mesure l'équité permet de gérer l'imprévision dont le principe, en matière de révision contractuelle, n'est pas encore juridiquement admis (210). Il s'agit d'un choix contingent, non déterminé par la loi (211).

En définitive l'adéquation du droit au fait est rendue possible par la reconnaissance d'un pouvoir modérateur et de création du juge. La notion d'autant que possible, les principes généraux et l'équité permettent d'aller au-delà de la loi stricte et de casser la rigidité d'un droit dont l'objectif premier (ordre social) diffère souvent des considérations morales, humaines, ou purement factuelles qu'il a vocation à appréhender.

*_*_*_*

(205) À ce titre nous différencions la recherche d'équité de la simple opportunité qui se définit en *"l'appréciation technique des moyens les meilleurs pour atteindre un but préalablement donné"*.
(206) Cf. en matière contractuelle les articles 1134 in fine et 1135 du c. civ. et particulièrement pour la vente : art. 1615 du code civil.
(207) Art. 1159 et 1160 du code civil.
(208) Cf. à titre d'illustration, sous l'arrêt Jand'heur du 13 février 1930, les conclusions du procureur général Matter : *"L'article 1334 est fondé sur cette idée simple, équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques..."*, D 1930 I 70 col. 2.
(209) À titre d'exemple Cf. la moralisation du commerce de l'art avec l'aboutissement de la célèbre affaire Poussin : Cour d'appel de Versailles : 7 janvier 1987, JCP 1988 II 21121. De même Cf. la protection des consommateurs en présence des contrats d'adhésion :
- Choley : *"L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion"* Thèse Aix 1975.
- Contrat d'adhésion et protection des consommateurs : Rev. juris. com. n° spécial 1978.
Au niveau jurisprudentiel affirmation du principe : cass. civ. I 3/5/1979 Bull. civ. I n° 128, D. S. 1980 inf. rap. 262, observ. Ghestin ; en présence d'une clause obscure : cass. com., 19/2/1985, Bull. civ. IV n° 67 ; sur la présomption de non-connaissance des conditions d'exécution non écrites au contrat : cass. civ. I 31/5/1983 Bull. civ. I n° 159.
(210) Cf. H. Mazeaud : rapport sur la lésion dans les contrats. Trav. Ass. H. Capitant : 1945 T. I. p. 198 : *"Le juge ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité car l'équité serait ici contraire à la justice ; la justice, la morale, l'ordre social veulent que l'homme tienne la parole qu'il a donnée"*. Cf. cependant une jurisprudence tendant à corriger l'interdiction de réviser les contrats pour cause d'imprécision : C de cass. 1ère Cbre 28 avril 1987 Bull. civ. I n° 128 p. 96.
(211) Ce choix peut amener le juge à fausser la vérité afin de motiver une décision équitable que le droit exclut. Cf. sur la pertinence d'un tel mensonge : P. Gode : *"Le mensonge dans le procès civil"* (impression d'audience) in Études dédiées à A. Weil, Dalloz Litec 1983, p. 273.

L'étendue de nos propos nous a parfois mené à proférer quelques truismes. Nous pensons cependant que la confrontation du droit aux faits et notamment aux avancées techniques et biomédicales rendait nécessaire cette compilation et synthèse de ces *"dépassements du droit"*. Il en résulte une affirmation de la primauté des valeurs attachées à l'homme, à l'image d'une reconnaissance souhaitée de ses droits biologiques, indéfectibles et de nature universelle.

R.R.J. 1993-1
Pages 227 à 254

- V -

DROIT COMPARÉ

L'ISLAM ET LES CONSTITUTIONS ALGÉRIENNES

Par

Jean-Jacques LAVENUE
Maître de conférences - Université de Lille II

La condamnation, le 15 juillet 1992 par le tribunal militaire de Blida à douze ans de détention, "pour atteinte à la sûreté de l'État", des deux principaux dirigeants (1) du Front Islamique du Salut, - (que l'on y ait vu un aboutissement ou un rebondissement du conflit opposant le principal parti islamique au pouvoir) - après l'assassinat de Mohamed Boudiaf, le 29 juin 1992, permet de mettre l'accent sur l'importance que pouvait avoir l'Islam dans le fonctionnement des institutions de ce pays. L'omniprésence de l'Islam, qui tient à la culture, à l'histoire faisait partie du "décor" institutionnel. Elle s'était manifestée dès l'origine des institutions et concrétisée dans les différentes constitutions adoptées depuis l'indépendance. Pour la première fois, à travers l'expression qu'en a donné depuis trois ans l'un des partis islamistes les plus extrêmes (qui doit son existence à la réforme constitutionnelle de 1989) et les réactions qu'elle a pu provoquer de la part des gouvernants, on a pu se rendre compte que la constitution pouvait être menacée, à la fois, par l'Islam et par ceux qui au nom de la défense des principes démocratiques en arriveront au coup d'État du 11 janvier 1992 (2). C'est à l'analyse du premier de ces phénomènes que sera consacrée cette étude.

I - L'ISLAM DANS LES CONSTITUTIONS ALGÉRIENNES

Composante indissociable de l'identité nationale algérienne, l'Islam est apparu historiquement très tôt (3) comme un élément de la genèse des institutions. Ainsi qu'en disposait le préambule de la constitution du 10 septembre 1963 (4) : "l'Islam et la langue arabe ont été des forces de résistance efficaces contre la tentative de dépersonnalisation des algériens menée par le régime colonial. L'Algérie se doit d'affirmer... qu'elle tient sa force spirituelle essentielle de l'Islam". La Charte

(1) Abassi Madani et Ali Benhadj, rapporté par "Le Monde" du 4 juillet 1991.
(2) Cf. Jean-Jacques Lavenue : " Aspects constitutionnels de la démission du Président de la République et de l'interruption du processus électoral en Algérie le 11 janvier 1992." Les épisodiques n° 6, 1992. G.R.E.J. Université de Lille II.
(3) Le F.L.N. lui-même, le 1er novembre 1954, proclamait son intention de restaurer l'État Algérien "dans le cadre des principes islamiques". Cf. Bruno Étienne : "Algérie, culture et révolution", 1977, p. 120.
(4) Cf. Revue algérienne des sciences juridiques politiques et économiques (R.A.S.J.P.E.), n° 1, janvier 1964, p. 84, préambule alinéas 9 et 10.

nationale du 5 juillet 1976 (5), ayant repris la même affirmation, soulignera : "C'est dans un Islam militant, austère, mû par le sens de la justice et de l'égalité, que le peuple algérien s'est retranché aux pires heures de la domination coloniale et qu'il a puisé cette énergie morale, cette spiritualité qui l'ont préservé du désespoir et lui ont permis de vaincre". Il se manifestera par la suite à travers une véritable continuité dans les constitutions de novembre 1976 et de 1989. La constitution du 23 février 1989 traduira à cet égard un accroissement non négligeable de l'importance accordée à l'Islam.

A - La continuité constitutionnelle

Depuis son indépendance l'Algérie aura connu trois constitutions. Toutes paraissent devoir être liées au destin de leur promoteur : constitution du 10 septembre 1963 d'Ahmed Ben Bella, constitution du 19 novembre 1976 de Houari Boumédiene, constitution du 23 février 1989 de Chadli Bendjedid. À des degrés divers, mais de façon constante, l'Islam y apparaîtra à deux niveaux : celui de la définition de la société algérienne et celui des conséquences qui pourront en être tirées sur le plan institutionnel.

a) - La définition de la société algérienne par la constitution

Si, ainsi que l'écrivait François Borella à propos de la constitution du 10 septembre 1963 (6), le texte constitutionnel ne créé pas la nation algérienne, il contribue à la situer : par la définition qu'il donne de sa conception, (en tant que groupe social), de la société algérienne. À cet égard les constitutions de 1976 et de 1989 ne varieront pas. L'Algérie est un pays de religion musulmane et de culture arabe (7), "le peuple algérien est un peuple musulman" (8). Si le préambule de la constitution de novembre 1976 n'y fait pas directement référence, la Charte Nationale qui en définissait les objectifs (9) n'en situait pas moins la société à venir dans les perspectives de l'Islam (10). De son côté l'article 19 (11) traitant de la "Révolution culturelle" précisait bien qu'il s'agissait "d'adopter un style de vie en harmonie avec la morale islamique". En février 1989, avec la disparition de toute référence à la révolution socialiste, l'Algérie, se situant dans la perspective de l'"épopée de l'Islam" revendiquera dans le nouveau préambule sa qualité de "terre d'islam". L'Islam, on s'en rend compte, demeure constamment au cours de l'histoire constitutionnelle algérienne caractéristique de la société que les constitutions entendent régir. Il en découlera nécessairement des conséquences quant à la prise en compte de cette spécificité dans l'organisation constitutionnelle des institutions.

---

(5) Cf. ordonnance n° 76-57 du 5 juillet 1976 ; publication du F.L.N., p. 21.
(6) François Borella : "La constitution algérienne : un régime constitutionnel de gouvernement par le Parti", R.A.S.J.P.E., n° 1, janvier 1964, p.61 et ss.
(7) Préambule const. 1963, alinéa 9 et 10.
(8) Charte du 5/7/76, p. 21.
(9) Sur le rôle de la Charte Nationale par rapport à la constitution, cf. art. 6 de la const. de 1976 et l'interprétation qu'en donne Tabrizi Bensalah dans "La République Algérienne", L.G.D.J., 1979, p. 153.
(10) "La Révolution entre bien dans la perspective historique de l'Islam. L'Islam, dans son esprit bien compris, n'est lié à aucun intérêt particulier, à aucun clergé spécifique, ni à aucun pouvoir temporel. Ni le féodalisme ni le capitalisme ne peuvent le revendiquer ou s'en prévaloir. L'Islam a apporté au monde une conception très élevée de la dignité humaine qui condamne le racisme, le chauvinisme, l'exploitation de l'homme par l'homme. Son égalitarisme foncier peut trouver une expression adaptée à chaque époque". Charte Nationale édition du F.L.N., p. 21.
(11) Art. 19 alinéa c, const 19 nov. 1976.

b) - Les conséquences constitutionnelles de la prise en compte de la dimension islamique de la société algérienne

Contrairement à d'autres constitutions d'États arabes (12) les constitutions algériennes de 1963 et 1976 ne commencent pas par l'invocation coranique "Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux". Elles n'en ont pas moins tiré d'assez larges conséquences de l'appartenance de l'Algérie au monde musulman. Elles se traduiront de manières diverses sur le plan constitutionnel et formeront un acquis que ne pourra pas négliger le législateur de 1989. Mais si elles expriment assez largement le fait que la société algérienne est une société confessionnelle (13) on pourra a contrario s'interroger sur le sens qui devra être donné à la garantie assurée de certaines libertés publiques.

Ainsi que l'écrit Henri Sanson (14) : "Puisque la société est musulmane, l'État doit être musulman". Les différentes constitutions l'affirment : "L'Islam est la religion de l'État" (15). L'article 195 5) de la constitution de 1976 prévoit même expressément qu'aucun projet de révision constitutionnelle ne pourra porter atteinte à la "religion d'État" (16).

Cette confessionnalité de l'État se trouvera signifiée par une multitude de signes. Le Président de la République doit être de "confession musulmane" (17). S'il jurait en 1963 de respecter la constitution "par Allah le Tout Puissant" (18), il prête serment depuis 1976 "de respecter et de glorifier la religion islamique" (19). Le drapeau algérien est aux couleurs de l'Islam (20). Le sceau de l'État est frappé aux armes de l'Islam. Il existe un ministère des affaires religieuses (21) et un Conseil Supérieur Islamique (22) chargé de donner des consultations juridicothéologiques. L'éducation nationale est organisée sur le principe de l'école unique qui dispense elle-même l'enseignement de la morale et de la religion (23). Elle apparaîtra également bien au-delà de la constitution dans l'organisation quotidienne de la vie publique (24).

La référence constante à l'Islam comme religion de l'État, voire d'État (25), va poser le problème de la nature des droits reconnus par les constitutions et de l'étendue des garanties qui leur seront accordées. À cet égard une différence très nette doit être faite entre la constitution de 1963 et celles qui lui succéderont. Si la constitution de 1963 fait expressément référence en ce domaine à la Déclaration

(12) Constitution tunisienne du 1/6/1959, par exemple.
(13) Sur le caractère "confessionnel" de la société algérienne cf. Henri Sanson "Laïcité algéro-islamique", Pouvoirs - 12, 1979, pp. 11-116.
(14) Henri Sanson : "Statut de l'Islam en Algérie", Annuaire de l'Afrique du Nord, 1979, p. 96.
(15) Cf. articles 4 de la const de 63, 2 const 76 et 89.
(16) On signalera à ce propos le lapsus calami révélateur du "religion de l'État" de l'article 2 à "religion d'État" de l'article 195.
(17) L'article 39 alinéa 3 de la constitution de 63 dit "musulman", les articles 107 de 11a const. de 76 et 70 de celle de 89 disent : "confession musulmane".
(18) Art. 40 const 1963.
(19) Art. 110 const 1976, repris par art. 73 const. 1989.
(20) Art. 6 const. 1963.
(21) Depuis avril 1977, antérieurement ministère du Culte depuis 1970 et ministère des Habous depuis le 27 septembre 1962.
(22) Créé par un décret du 13 février 1966, rattaché à l'origine au Ministère des Affaires religieuses, lui-même rattaché directement à la présidence de la république.
(23) Depuis 1966 et l'ordonnance du 21 mars 1967.
(24) Ainsi que le relave Henri Sanson, op. cit. p. 96 : "Les fêtes qui rythment le calendrier sont, les unes, à caractère simplement national, et, les autres, à caractère proprement islamique. Le repos hebdomadaire est celui du vendredi. Durant le Ramadhan les horaires de travail sont adaptés. C'est l'État qui organise le pèlerinage à la Mecque. L'élevage du porc est interdit. La vente d'alcool est interdite aux musulmans. Les abattages publics se font rituellement etc...".
(25) Art. 195 2) de la const. de 1976.

universelle des droits de l'homme (26), les constitutions de 76 et de 89 deviennent beaucoup moins précises. L'une (27) et l'autre (28) traitent certes des "droits de l'homme" mais la référence "universelle" de la déclaration du 10 décembre 1948 a disparu. On peut s'interroger dès lors sur l'existence d'une conception "islamique" des droits de l'homme (29) que l'on pourrait être tenté d'opposer à la conception "laïque" de la déclaration universelle des Nations Unies. Or si l'on compare l'article 2 de la déclaration universelle (30) à laquelle faisait référence la constitution de 63 aux articles correspondants des constitutions de 76 et 89 on s'aperçoit que la grande différence repose sur la disparition de l'interdiction de discrimination fondée sur la religion. On peut remarquer également que si la constitution de 1976 garantit la liberté de conscience (31) elle ne garantit pas formellement la liberté des cultes ce qui correspond assez bien à la volonté affichée "d'adopter un style de vie en harmonie avec la morale islamique..." (32). La constitution de 1989 reprendra quasi textuellement en son article 35 le libellé de celle de 1976. C'est en tenant compte de ces acquis que devra être étudiée la spécificité de la constitution de février 1989.

B - L'islam dans la constitution actuelle

La constitution du 23 février 1989 est marquée par une double originalité. Celle de se vouloir l'instrument de la démocratisation de l'Algérie, d'une part. Et dans le même temps d'accentuer ses références à l'Islam. Certains y verront une concession faite par le Président Chadli à l'Islam dont il s'est un temps servi pour lutter contre l'aile gauche du F.L.N. et mettre un terme au règne du parti unique (33). D'autres y verront l'entreprise d'un apprenti sorcier dont le résultat sera mesuré aux municipales de juin 1990 (34) et au premier tour des législatives du 26 décembre 1991. Cette avancée de la religion dans les institutions se traduira notamment par l'invocation à "Dieu le Clément, le Miséricordieux", par la constitutionnalisation du Haut Conseil Islamique (35), par la garantie express des biens "Wakf" (36). Elle se mesurera surtout à la rédaction de l'article 9 alinéa 3 de la nouvelle constitution dont on ne trouve pas d'équivalent dans les précédentes. Celui-ci stipule en effet : "les institutions s'interdisent... les pratiques contraires à la morale islamique". On peut alors s'interroger sur le sens, ou la lecture, qui pourra être faite - ou que le gouvernement pourrait être sommé de faire - des articles 30, 31,

(26) Art. 11 const. 1963 : "La République donne son adhésion à la déclaration universelle des droits de l'Homme".
(27) Art. 39 const. 1976 : "Les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Tous les citoyens sont égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur les préjugés de sexe, de race ou de métier est proscrite".
(28) Art. 28, const 89 : "Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale" et 31 : "Les libertés fondamentales et les droits de l'Homme et du citoyen sont garantis".
(29) Rappelons qu'il existe une "déclaration islamique universelle des droits de l'homme" rédigée à l'initiative du Conseil Islamique pour l'Europe et proclamée le 19 septembre 1981 à Paris dans les locaux de l'Unesco, par M. Azzam, Secrétaire général du Conseil Islamique. Le texte en a été publié notamment par Bruno Étienne dans "L'islamisme Radical" en 1987.
(30) "Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation".
(31) Art. 53 de la const. de 76.
(32) Art. 19 c) de la const. de 76.
(33) Cf. Jean-Jacques Lavenue : "La constitution algérienne du 23 février 1989 et la désinstitutionnalisation du parti unique en Algérie".
(34) Cf. à titre d'exemple Mohamed Harbi : "Un F.I.S. enfanté par le F.L.N.", "Le Monde", 21/6/1990.
(35) Art. 161 et 83 de la const de 1989.
(36) Art. 49 alinéa 3 de la const. de 1989.

50 et 130 de la constitution (37) par rapport à cet article (38). La question se posera également de savoir si la disparition expresse de l'article 42 de la constitution du 19 novembre 1976 (39) ne constitue pas une possibilité de lecture restrictive de ces droits donnée en gage à un Islam momentanément utile ?

Quoi qu'il en soit, on peut se demander si les mécanismes mis en place par la nouvelle loi fondamentale pour développer la démocratisation du pays, dans un contexte islamique, peuvent conduire à terme l'Islam à menacer la constitution ? Nous verrons que s'il a pu paraître un temps en aller ainsi sur le plan politique, les textes constitutionnels ont largement fourni aux pouvoirs publics les moyens de se défendre.

II - LA CONSTITUTION MENACÉE PAR L'ISLAM

La plus grande nouveauté de la constitution du 23 février 1989 réside en son article 40 qui, en reconnaissant le "droit de créer des associations à caractère politique" à ouvert la voie de la démocratie à l'Algérie. C'est au nom de cet article que se constitueront très rapidement un certain nombre de partis religieux (40) dont certains contesteront les principes posés par la constitution. Le plus important de ceux-ci est le F.I.S. dont la tendance la plus radicale a ouvert la crise de juin 1991, avant peut-être de s'épanouir dans la clandestinité à partir du 4 mars 1992 (41).

A - Les partis islamiques produits de la constitution de 1989

Si le courant islamiste en Algérie n'est pas une création récente, sa structuration en partis politiques résulte de la réforme constitutionnelle de février 1989. En cela la constitution aura eu incontestablement une fonction révolutionnaire. Cette structuration nouvelle permettra de comprendre que le F.I.S. ne peut être considéré comme l'organisation représentative unique d'un mouvement qui est loin d'être monolithique (42). Mais aussi d'expliquer les difficultés

(37) L'article 30 concerne la finalité des institutions définie entre autres comme l'épanouissement de la personne humaine ; l'article 31 les libertés fondamentales et les droits de l'homme ; l'article 50 le droit à l'enseignement ; l'article 131 les fondements de la justice. On pourra noter que le Premier ministre Mouloud Hamrouche a déclaré "l'École algérienne ne saurait être laïque", lors de la séance de clôture du colloque national sur la didactique des disciplines scientifiques. Cf. "El Moudjahid", 13 mars 1991, p. 5.

(38) Cette interrogation pourra être éclairée par l'observation que fait Ali Merad dans son ouvrage "L'Islam contemporain", P.U.F. 1990, p. 10, lorsqu'il écrit : "Des multitudes musulmanes se dressent contre certains modèles culturels et politiques où elles voient l'incarnation d'un Occident qu'elles récusent. Ainsi la laïcité, la Mixité des sexes, la démocratie même sont elles rejetées comme signe d'un "alignement" et d'un aveu de dépendance à l'égard de l'occident. Dans bien des cas, pour la conscience collective, adopter des valeurs véhiculées par le modernisme (à références judéo-chrétiennes ou matérialistes), c'est renier les valeurs qui ont fait la grandeur de l'Islam à ses débuts ; c'est rompre le consensus communautaire et risquer de compromettre la cohésion de l'Umma, ce corps social et mystique, cette patrie spirituelle transcendant toutes les patries terrestres".

(39) Art. 42 : "Tous les droits politiques, économiques, sociaux et culturels de la femme algérienne sont garantis par la constitution".

(40) Contrairement à la Tunisie qui, considérant que la religion appartient à tout le monde, refusera la constitution de partis confessionnels. Ce qui fera également écrire, à propos de l'islamisme algérien, par Mohamed Arbi (Jeune Afrique plus, septembre 1990, p. 32) : "Sa légalisation a accéléré son ancrage dans les masses et en a fait un interlocuteur incontournable".

(41) Date de la dissolution du FIS par la chambre administrative de la Cour d'Appel d'Alger.

(42) En dehors de ce que l'on peut considérer comme la "mouvance islamique" d'autres partis pourront fort bien se réclamer également de références à l'Islam. À titre d'exemple on pourra citer le cas du Parti du Renouveau Algérien (P.R.A.), agréé en novembre 1989, dirigé par Nordine Boukrouh et Lounes Kellal. Ce parti revendique "l'authenticité par l'Islam et l'efficacité par la libre entreprise". Il est favorable au respect et à la mise en œuvre de la constitution de 1989.

d'adaptation de certains de ces partis à ce que d'aucuns peuvent considérer comme les règles d'une vie politique moderne (43).

Parmi les 58 formations politiques reconnues en Algérie au 26 décembre 1991, 8 partis au moins se réclament de l'Islam :

- Le Front Islamique du Salut (F.I.S.) : créé le 18 février 1989 à la Mosquée Al-Sunna de Bab el-Oued, a été reconnu en tant que parti le 6 septembre 1989. Parmi les figures de proue de ce mouvement on peut citer les cheikhs Abassi Madani, Abou al-Amine Benazzouz Zebda, Ali Benhadj, Mohamed Karrar, Mohamed Saïd. Revendique 3 millions d'adhérents.

- Rabitat al-Dawa al Islamiyya (Ligue de l'appel islamique) : fondée en 1989 par le cheikh Ahmed Sahnoun qui a 85 ans fait actuellement figure de père spirituel de l'islamisme en Algérie. Se situe dans la lignée des Oulémas historiques et a vocation au rassemblement. À mis plusieurs fois en garde contre les pulsions totalitaires du F.I.S..

- Al-Irchad wal-Islah (Orientation et réforme) fonde fin 1988, depuis mars 91 : Hamas (= initiales arabes du Mouvement de la société islamique) : présidé par cheikh Mahfoud Nahnah.

Prône l'établissement d'un État islamique tout en respectant "les étapes, les données objectives et la réalité algérienne, loin de tout fanatisme". Inventeur d'un concept de "Chourakratiya" tentant d'unir l'antique concept islamique de "Choura" (conseil, consultation) aux conceptions modernes de la démocratie.

- Al-Nahda (Mouvement de la renaissance islamique) : fondé par l'Imam Abdallah Djaballah, légalisé depuis décembre 1990. Particulièrement influent dans l'Est. En désaccord avec le F.I.S., plus proche des thèses d'Hamas. Dialogue avec le F.L.N..

- Al-Oumma (la communauté musulmane, la nation islamique) dirigé par Benyoussef Benkhedda, président du G.P.R.A. en 1961. Prône l'ancrage de l'islam dans la personnalité politique et culturelle algérienne. Dominé par la personnalité de son fondateur.

- Parti du Rassemblement arabe islamique (P.R.A.I.) : dirigé par Ali Zeghdoud, légalisé en septembre 1990. Revendique la généralisation de l'arabe à tous les secteurs de la vie publique en Algérie et un système pédagogique s'inspirant de la Charia.

- Hezbollah algérien : dirigé par Jamaleddine Bardi. Apparu en mars 1990. Souhaite l'organisation de la société algérienne sur la base d'"une mise en application totale du Coran et de la Sunna".

- L'Association des Oulémas : d'Ahmed Hamani et Mohamed Tahar Foudhala, légalisée en mars 1991. Se présente comme le prolongement de celle créée en 1931 par Abdelhamid ben Badis dont elle souhaite continuer le courant.

- El Diazaïr musulmane contemporaine : d'Ahmed Benmohamed, née en juin 1991. Se place dans la mouvance des organisations islamiques modérées.

À côté de ces formations reconnues doivent être signalés des groupuscules extrémistes plus ou moins occultes et manipulés par certains de ces partis ou tendances de ces partis. On citera pour mémoire : Al-Takfir wal-Hiira (Excommunication et Hégire), Jamaat Al-Hidaya al-Islamiya (Groupes de

(43) Georges Marion rapporte dans "Le Monde" (4/7/1991) une réflexion d'un membre du gouvernement qui nous paraît très révélatrice de cette volonté des gouvernants algériens d'"amener" par la constitution et la loi à une vie politique moderne, lorsqu'expliquant qu'il n'est pas question d'interdire le F.I.S. il déclare : "On va leur donner l'opportunité de faire de la politique et non plus de l'agitation révolutionnaire".

l'orientation islamique), Al-Sunna wal-Charia (Tradition et loi islamique) : a adhéré au F.I.S. tout en préservant sa structure, les "Afghans" ou "Pakistanais" etc..

B - Les partis islamiques et la constitution de 1989

Les différents partis islamiques que nous venons de citer n'ont pas de profondes divergences de programmes. Souhaitant tous à terme l'avènement d'une société islamique, la constitution actuelle sera loin de leur paraître en ce domaine suffisante. Leur différence se fera surtout au niveau du choix tactique et de la violence qu'il mettront a contester la constitution. On a vu à cet égard que l'attitude d'Ennahada n'était pas celle du F.I.S. qui en ce domaine ira jusqu'à tenter avec succès de s'opposer au fonctionnement normal des institutions en empêchant notamment le déroulement normal des législatives.

a) - Le F.I.S. et la constitution

Les diverses déclarations qu'ont pu faire les représentants du Front islamique du Salut concernant la constitution et les principes qui y sont affirmés ne prêtent pas à la moindre confusion. Elles découlent du principe général résumé par Abassi Madani dans la formule : "pas de Charte ni de Constitution. Seul le Coran" (44). Dans son programme du 7 mars 1989 (45) le F.I.S. en a précisé le contenu :

"- le peuple algérien est musulman, en conséquence de quoi l'Islam est le cadre et la référence idéologique de l'action politique et le recours idéologique le plus fiable pour fonder un projet politique à la mesure de la crise ;

"- seul le principe de s'en tenir à la Charia islamique et à sa méthode équitable, modérée et exhaustive, à la raison, à l'intérêt et au réel, permet de traiter toutes les questions ;

"- la législation doit se soumettre aux impératifs de la Charia ;

"- toutes les instances de l'exécutif doivent être réformées : présidence, gouvernement, département, commune..."

Dans le style qui lui est particulier Ali Benhadj, de son côté, affirmera : "Je suis les commandements de Dieu. Quant au droit positif (celui des hommes), je le piétine" (46).

Sur la base de cette affirmation préalable et de l'interprétation que prétend en donner le Front islamique, les différents principes posés par la constitution de février 89 feront l'objet des jugements les plus tranchés. Il suffira d'en faire un très rapide florilège.

La démocratie est "un concept étranger, et un mot qui n'existe dans aucun dictionnaire de langue arabe ni dans le Coran, ni dans la Sunna" (47). "La démocratie est un péché" (48). "Si la démocratie est un cadre de dialogue et de respect de l'opinion, nous sommes d'accord avec ce concept. Par contre nous n'accepterons pas que l'élu... soit en contradiction avec l'Islam, la Chariaa, sa doctrine et ses valeurs" (49).

(44) A.F.P. reprise par "Le Monde", 2/7/91.
(45) Rapporté par C. Vincent : "Le Programme politique du F.I.S.", Voix du Nord, 14 juin 1990.
(46) A.F.P. reprise par "Le Monde". 20/6/1991. Algérie Actualité n° 1340 du 20/6/1991 rapporte une formule du même type lancée devant les caméras de la télévision : "Tout ce qui n'est pas loi divine, nous marchons dessus".
(47) Ali Benhadj, A.F.P. reprise par Libération 1/7/1991, p. 2.
(48) Ali Benhadi cité par Jacques de Barrin, "Le Monde", 11/6/1991.
(49) Abassi Madani, "Algérie-Actualité", 24/12/1989.

Le multipartisme : "Si le multipartisme signifie la pluralité pour le compte de l'Islam ou en d'autres termes, que différents groupements se constituent pour œuvrer en faveur de l'Islam, alors nous sommes d'accord" (50). "Oui au pluralisme dans le cadre de l'Islam. Mais si aujourd'hui le berbérisme s'exprime, le communisme s'exprime, ainsi que tous les autres, notre pays va devenir le champ de confrontations, d'idéologies diverses en contradiction avec les croyances de notre peuple... Il y a l'aspect acceptable du multipartisme dans le cadre évidemment de l'Islam, et l'aspect inacceptable du fait qu'il résulte d'une vision occidentale. L'article 40 (de la constitution) doit être complété par une disposition liant le multipartisme à l'Islam. Sinon nous le rejetons catégoriquement..." (51).

Le peuple : "L'article 6 dispose que le peuple est la source de tout pouvoir. Cela veut dire que les partis politiques qui se présenteront pourraient, Dieu nous en préserve, entraîner le peuple sur des voies anti-religieuses. La seule source du pouvoir c'est Allah, à travers le Coran. Le peuple intervient pour choisir le chef de l'État, et c'est à ce niveau qu'il est source de pouvoir. Si le peuple vote contre la loi de Dieu, cela n'est rien d'autre qu'un blasphème. Les oulémas ordonnent dans ce cas de tuer ces mécréants pour la bonne raison que ces derniers veulent substituer leur autorité à celle de Dieu" (52).

Principe majoritaire : "Nous ne sommes pas une nation qui pense en terme de majorité-minorité. La majorité n'exprime pas le vrai. Au contraire, le plus souvent la vérité lui échappe" (53).

Libertés : "Il y a une constitution qui assure la liberté de conscience. Oui, à condition que celui qui entre dans la religion et en sort (apostat) soit tué" (54). La politique éducationnelle que le F.I.S. préconise se fonde sur la Charia et "doit véhiculer les préceptes islamiques... sans distinction de race, de clan, de religion ou autre (sic)" (55). "Les récentes manifestations de femmes contre la violence et l'intolérance constituent un des plus grands dangers qui menace le destin de l'Algérie... Ces manifestations sont un défi à la conscience du peuple algérien, et consacre le reniement des valeurs d'une nation... Ces femmes qui sont manipulées, sont les éperviers du néocolonialisme et l'avant garde de l'agression culturelle" (56).

Entretenant un chevauchement permanent entre l'Islam et la politique, procédant par syllogismes (57), un amalgame dangereux sera développé qui fera du F.I.S. le dépositaire de la foi du peuple tout entier. Celui qui sera contre le F.I.S. sera contre l'Islam, contre Dieu, donc contre le peuple. La légalité de la Charia supplantant celle que confère la constitution, on comprendra aussi que les islamistes ne verront aucun inconvénient le moment venu à perturber sciemment le jeu normal des institutions. En mai 1991, les islamistes du F.I.S. défileront dans les rues d'Alger pour exiger la proclamation de l'État islamique, en juin l'imam de la mosquée Salah Eddine affirmera que "l'État islamique ne peut se faire que par les armes" (58) et le Président de la République sera proclamé "ennemi de Dieu" (59).

(50) Ali Benhadi, "Le Maghreb", n° 174, 27/10/1989, p. 20.
(51) Ali Benhadj, "Horizons", 23/2/1989.
(52) Ali Benhadi, "Horizons", 23/2/1989.
(53) Ali Benhadj, prêche du 6/10/1989, rapporté par "Algérie-Actualité" n° 1264, du 4/1/1990, p. 9.
(54) Ali Benhadi, prêche du 6/10/1989.
(55) Programme du F.I.S. paru dans "Tribune d'octobre", janvier 1990.
(56) Abassi Madani, A.F.P. 10/12/1989.
(57) Dont l'effet sera, par exemple d'assimiler le F.I.S. au peuple par Islam interposé ; ou ce que dit le FIS à la Vérité. Ex. : "Celui qui frappe le Front (FIS) sera frappé par Dieu, car le FIS est la vérité et Dieu est pour la vérité" (Abassi Madani, cité par Algérie-Actualité n° 1264, 1/1/1990).
(58) Cf. "Algérie-Actualité" n° 1340, du 20/6/1991.
(59) Rapporté par Yves Heller, "Le Monde", 4/6/1991.

b) - De la crise de Juin 1991 à celle de juin 1992

Le 6 juin 1991, à la suite d'émeutes déclenchées le 3, le Président de la République proclama l'état de siège. Les élections législatives qui étaient prévues pour le 27 juin furent reportées, des élections présidentielles anticipées annoncées et Sid Ahmed Gozali fut nommé Premier ministre. L'annonce de ces mesures fut alors présentée comme un recul du pouvoir et une victoire incontestable du Front Islamique sur les institutions (60).

Les causes de ces événements étaient nombreuses. L'échec du F.I.S. dans sa gestion communale (61), lié à des lois électorales trop favorables au pouvoir (62), l'échec de la grève générale proclamée le 23 mai par Abassi Madani (63), le développement d'un vent de fronde au sein même du F.I.S. (64), semblent avoir entraîné la tendance la plus radicale du Front Islamique à une course à la déstabilisation dont elle pouvait au mois attendre le report d'échéances redoutables. En s'appuyant sur l'article 86 de la constitution (65), le pouvoir se donna les moyens d'"assurer la pérennité des institutions républicaines et de poursuivre l'approfondissement et la consolidation du processus démocratique" (66). L'armée que le F.I.S. prétendait avoir infiltrée se montra fidèle à la légalité républicaine (67). Le 30 juin (68) Abassi Madani et Ali Benhadi étaient arrêtés en même temps que 6 membres (sur 70) de la direction collégiale du Front Islamique, le "Majlis Echoura". Le Premier ministre déclarera le 1er juillet : "Abassi et Benhadj répondront individuellement aux accusations portées à leur encontre. Je le répète, je ne suis pas à ce poste pour liquider le FIS. Mon erreur d'ailleurs a été d'avoir perdu trop de temps à dialoguer avec Abassi et Benhadj alors qu'ils n'étaient que minoritaires au sein du Majlis Echoura" (69). Dans son éditorial d'"Algérie-Actualité" (70) Kheiredine Ameyar écrivait le meme jour : "L'enfer est derrière nous, au croisement, là-bas à gauche. Nous n'y sommes pas entrés mais ça y était presque. Le comble est que ce sont ceux qui nous promettent le Paradis qui nous ont choisi cette direction peu recommandable".

Le 26 décembre 1991, lorsque finalement se déroula le premier tour des législatives reportées en juin 91, les résultats reproduisirent à peu de choses près ce qui s'était passé en juin 1990. La stupeur que la proclamation des résultats provoqua

(60) Cf. par ex. Georges Marion, "Le Monde", 9/6/1991.
(61) Cf. Yves Heller : "Les communes vertes sous l'œil d'Allah", "Le Monde 11, 6/6/1991.
(62) Il s'agit du code électoral adopté par l'A.P.N. le 1er avril 1991 et du nouveau découpage des circonscriptions adopté par cette même assemblée dans la nuit du 1 au 2 avril. Les circonscriptions passaient alors de 296 à 542. Ce qui fera écrire le 9/6/1991 par Georges Marion dans "Le Monde" : "L'erreur politique majeure faite par M. Hamrouche aura été de croire qu'il était possible de régler le "problème FI" de façon purement administrative, grâce à un savant "charcutage" des circonscriptions opéré dans les coulisses du ministère de l'intérieur, à partir des chiffres - demeurés secrets - des élections locales de juin 1990... C'était mésestimer le sursaut du FIS qui, le dos au mur, n'avait d'autre choix que de se battre ou de se laisser étrangler légalement".
(63) Cf. articles de Yves Heller, "Le monde", 28/5/1991 et 31/5/1991.
(64) Cf. Kussaï Saleh Al-Darwich, "Arabies" n° 54, juin 1991, pp. 20-21.
(65) qui prévoit la possibilité de proclamer l'état d'urgence et l'état de siège en cas de "nécessité impérieuse". A été utilisé pour la première fois le 5 octobre 1988 pour la seule région d'Alger.
(66) Cf. communiqué présidentiel, publié par "Le Monde", 6/6/91.
(67) Dans un entretien télévisé le général Khaled Nezzar, le 6 juillet, confirmera : "Aujourd'hui, nous sommes venus pour défendre la démocratie. Nous espérons que la démocratie réussira et nous sommes avec la démocratie", A.F.P.-Reuter, repris par "Le Monde", 9/7/91.
(68) Du 22 au 30 juin des jeunes et des militants du FIS s'étaient attaqués aux forces de l'ordre qui décrochaient les panneaux "commune islamique" posés par le F.I.S. au fronton des mairies qu'il contrôlait depuis juin 1990. On parla à propos de ces affrontements extrêmement violents de "bataille des mairies". Le 21 Ali Benhadj avait demandé aux fidèles de "stocker toutes les armes qu'ils trouveraient" (A.F.P., repris par "Le Monde" 23/6/1991).
(69) Cf. "Algérie-Actualité" n° 1342 du 4/7/1991.
(70) n° 1342, 4/7/1991, p. 3.

chez les "vaincus" fut de même nature que lors de ce premier moment historique. Le raz de marée islamiste rendait son accession au pouvoir inévitable et il semble que Chadli Bandiédid en accepta le risque. Le refus de la part de l'institution militaire de voire arriver au pouvoir le FIS entraîna la démission du Président de la République et ce que l'on peut considérer comme le coup d'État du 11 janvier 1992. Appelé au pouvoir Mohamed Boudiaf apparut alors comme le symbole possible d'un ressaisissement national et du refus d'un totalitarisme religieux (71). Attentats, arrestations se multiplièrent, mais aussi ce que l'on voulut présenter comme des gages de bonne volonté (72) sans pour autant que dans un sens ou dans l'autre la situation se débloque.

Le 27 juin 1992 s'ouvrit à Blida le procès d'Abassi Madani et d'Ali Belhadj. Le 29 juin Mohamed Boudiaf était assassiné à Annaba par le sous-lieutenant Boumaarafi dont on souligna, peut être un peu trop rapidement, qu'il aurait agi par "conviction religieuse" (73). La condamnation le 15 juillet d'Abassi Madani et d'Ali Belhadj à 15 ans de prison, apparut alors à nouveau, aux uns, comme une preuve de faiblesse, aux autres comme une tentative d'apaisement. Dès le lendemain le cycle des assassinats de policier reprenait de plus belle.

(71) Ainsi qu'il le déclara dans une interview à Algérie Actualité, n° 1384 du 23/4/1992 p. 4 : "Si pour sauver l'Algérie, il fallait mettre 10 000 personnes, pour quelques temps au Sud, cela ne saurait être grave. Je le dis sans aucun état d'âme".
(72) Visite des camps par la Croix Rouge, essai d'ouverture de l'information, création d'un observatoire des droits de l'homme, libérations partielles etc..
(73) Cf. Le Monde, 3/7/1992.

LA LÉGISLATION TUNISIENNE EN MATIÈRE DE RÉCEPTION DES PROGRAMMES DE TÉLÉVISION PAR SATELLITES

Par

Sami KALLEL
Avocat au Barreau de Tunis
D.E.A. de Droit International Économique

INTRODUCTION

Droit fondamental de l'homme et condition première de la compréhension mutuelle entre les peuples, la liberté d'expression et d'information a une dimension éminemment internationale et une valeur universelle.

Le principe de la libre circulation des informations et des idées sans considération de frontière est inscrit dans les principaux instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme. Consacré par la déclaration universelle des droits de l'homme du 12/12/48 et par le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16/12/66, il a été repris au niveau régional dans un certain nombre de déclarations, dont la déclaration américaine relative aux droits de l'homme du 22/11/69, ainsi que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4/11/50.

La liberté de communication a acquis avec l'avènement des satellites de communication, toute son ampleur. En effet, cet engin spatial placé sur orbite et destiné à émettre des ondes radioélectriques, qu'il capte, vers des récepteurs situés en différents points du globe a bouleversé les conceptions et traditions en la matière (1).

Le terme satellite englobe à la fois les satellites de télécommunications et ceux de diffusion directe.

---

(1) L'actuelle constitution de l'U.I.T de Nice du 30 Juin 1989 définit les télécommunications comme : *«toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques»*. Cette définition traduit l'évolution qu'a connu le secteur des télécommunications, depuis la première définition donnée par la convention de Madrid de 1932. Voir A.-L. Mie : "L'union Internationale des Télécommunications et l'Audiovisuel" in La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle, Ouvrage collectif sous la direction de Ch. Debbasch et C. Gueydan, Économica P.U. d'Aix Marseille 1991, p. 81.

Les satellites de télécommunication sont ceux réservés essentiellement aux communications téléphoniques et accessoirement, en raison de la disponibilité de certains canaux, à la diffusion de programmes audiovisuels.

Par contre les satellites de Télédiffusion, plus connus sous le nom de Direct Broadcating Satellite (DBS), n'émettent que des signaux relatifs aux programmes audiovisuels.

La transmission de programmes audiovisuels par satellites, connaît aujourd'hui un essor sans précédent. La télévision directe par satellite, ou télévision transfrontière a supplanté la télévision hertzienne classique à laquelle nous sommes tous habitués.

Cet essor est notamment dû à la révolution technologique qu'a engendré ce nouveau moyen de transmission de données.

En effet, par le biais du satellite, on assure une couverture instantanée et totale (2) de toutes les régions visées, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'installation longue et combien coûteuse du réseau hertzien.

En outre, la transmission directe par satellite est beaucoup moins coûteuse au niveau de son entretien que les installations du réseau hertzien classique.

Enfin et au-delà de ces spécifications techniques, le principal avantage de ce mode de communication, est de permettre au simple citoyen un accès direct à l'information là ou elle se produit dans le monde, avec une qualité de son et d'image exceptionnelles, grâce à de nouvelles normes de diffusion qui nous font entrer de plain pied dans l'ère de la télévision haute définition (3).

Dans son numéro 20 du mois de Décembre 1989, la revue «Antennes» signalait qu'il existait en Europe plus de cent stations de radiodiffusion émettant par satellite. D'ailleurs, la plupart des experts sont unanimes à considérer que ce nombre va se multiplier durant la décennie avenir.

Face à l'avènement de "l'ère de l'abondance", la question s'est posée de savoir si l'évolution d'un tel phénomène était juridiquement encadrée.

En effet, l'éclatement des frontières télévisuelles n'a pas été sans poser tout une série de problèmes. Il s'agissait d'abord de la souveraineté des États sur leur espace atmosphérique et extra atmosphérique. Ensuite, le nombre sans cesse croissant des entreprises audiovisuelles posait le problème de l'encombrement du spectre des fréquences. Enfin la réception ouverte de ces programmes posait le problème de la protection des œuvres et du respect du droit d'auteur, compte tenu du fait que la technologie ne pouvait plus éviter les débordements techniques de la zone d'arrosage des satellites.

L'ensemble de ces problèmes et préoccupations inhérents au développement technologique devaient conduire à la formation d'un droit de la communication par satellites.

Sur le plan universel, l'initiative première est revenue à l'Organisation des Nations Unies. La question fût d'abord posée dans le cadre général de l'espace extra-atmosphérique (4).

---

(2) Un des avantages de la transmission par satellite réside dans la disparition des zones d'ombre qui apparaissent dans les endroits surélevés. Il en résulte alors une mauvaise qualité de la transmission par le biais du réseau hertzien. D'où nécessité d'installer des relais de retransmission.

(3) La télévision haute définition (HD TV) émet selon la nouvelle norme Mac Pacquet, laquelle se subdivise en trois systèmes Mac -C, Mac -D et Mac -D2. Voir : "Les satellites de diffusion directe, réalités et perspectives" in Rev des Radios arabes 1990 n° 3 p. 8 et suiv.

(4) Préoccupée par une utilisation militaire de l'espace l'Assemblée Générale, créa en 1959 par ses résolutions 1348 (XIII) et 1472 A (XIV) **le comité des utilisations pacifiques de l'espace-extra atmosphérique.** Ce comité adopta par le biais, de la commission des affaires juridiques qu'il institua en 1960, un ensemble de résolutions dont la plus importante est la résolution 1962 (XVIII) du 13 Décembre 1963 portant *«déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra- atmosphérique»*.

Envisagée dans une première étape dans le cadre général du droit de l'espace extra-atmosphérique, la communication par satellites a particulièrement retenu l'attention des institutions spécialisées des Nations Unies ou un effort normatif devait leur être consacré.

C'est ainsi que, l'U.N.E.S.C.O. et l'Organisation Internationale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.) soucieuses de préserver les droits d'auteur contre tout éventuel piratage, ont élaboré **la convention de Bruxelles du 14 Mai 1974 relative à la diffusion des signaux émis par les programmes retransmis par satellites,** laquelle entra en vigueur le 25 Août 1979 (5).

Cependant, l'action la plus importante en la matière est sans conteste celle de l'Union Internationale des Télécommunications. Instance complexe dans son organisation et son fonctionnement, celle-ci est notamment chargée de réglementer et de planifier les télécommunications mondiales, d'établir des normes d'exploitation pour les équipements et les systèmes, de coordonner et de diffuser à cette fin des données nécessaires de favoriser et de promouvoir le développement des services de télécommunication ainsi que les moyens techniques y afférents (6).

Bien que la conférence d'Atlantic-City de 1947 ait affirmé la souveraineté de chaque État en matière de réglementation de ses télécommunications, la constitution de Nice en 1989 a exhorté dans son article 29 les États à limiter le nombre de fréquences et l'étendue du spectre utilisé au minimum indispensable . Une telle approche est de nature à assurer une utilisation rationnelle du spectre des fréquences. De même ajoute l'article *«lors de l'utilisation de bandes de fréquences pour les radiocommunications spatiales, les membres tiennent compte du fait que les fréquences et l'orbite des satellites sont des ressources naturelles limitées qui doivent être utilisées de manière efficace et économique, afin de permettre un accès équitable d cette orbite et d ces fréquences aux différents pays ou groupes de pays selon leurs besoins et les moyens dont ils peuvent disposer...»* (7).

Par ailleurs et au niveau de la propagation des fréquences par delà les frontières, l'article 30 de cette constitution invite les États *«à ne pas causer de brouillages nuisibles aux communications ou services radioélectriques des autres membres, des exploitations privés reconnues et autres exploitations dûment autorisées à assurer un service de radiocommunication»* (8).

S'agissant de la liberté de réception des programmes transmis par satellite, et s'inspirant de la déclaration de l'UNESCO de 1972 selon laquelle aucun pays ne pouvait arroser "d'images" un autre pays sans au préalable avoir obtenu son accord, l'U.I.T a adopté **le 13 Février 1977 par le biais de la Conférence administrative régionale de la radiodiffusion par satellites un plan mondial pour la télévision directe,** dans lequel elle a divisé la planète en

---

Acceptée par les États-Unis et l'U.R.S.S., cette déclaration a permis d'envisager la rédaction d'un traité général sur l'espace. Grâce aux négociations fructueuses entre Américains et Soviétiques et aux travaux de ce comité, l'A.G. pût adopter dans sa résolution 2222 (XXI) du 19 Décembre 1966, le **Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique y compris la lune et les autres corps célestes.** Ce traité ouvert à la signature le 27 janvier 1967 et entré en vigueur le 10 Octobre de la même année, a affirmé la naissance du droit de l'espace au plan universel. Voir : N. Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet Droit International Public. L.G.D.J. 1987 p. 1066.

(5) L'A.G.N.U a élaboré de la même manière quatre autres traités qui complètent et affinent les principes énoncés en 1963 et 1966. Ibid. p. 1067.

(6) Voir notamment : A. Chakroun, "Les considérations juridiques dans l'utilisation de l'espace atmosphérique", Rev de l'information arabe, Alecso 1981 n° 1, p. 36 et ss. L'article 2 de cette convention exhorte les États parties à prendre les mesures appropriées afin de faire obstacle à la distribution de programmes qui ne leur sont pas initialement destinés.

(7) Voir A.-L. Mie op. cit., p. 84.

(8) Ibid. p. 85.

trois zones, tout en réservant à chaque pays appartenant à la première et troisième zone une position sur orbite et un nombre de canaux d'émission limité à cinq (9).

L'effort de l'U.I.T en la matière devait se poursuivre. C'est ainsi que dans la conférence administrative mondiale des radiocommunications tenue à Genève en 1985, une méthode de planification a été adoptée qui prévoit les modalités d'utilisation de l'orbite des satellites géostationnaires de sorte à préserver le principe de l'égal accès de tous à l'espace extra-atmosphérique sans pour autant gêner les satellites déjà en place (10).

Cet effort normatif juridique et technique de régulation de la communication audiovisuelle, c'est accompagné d'un essort vertigineux des instruments de réception des signaux transmis par les satellites . Si au moment de son lancement le satellite de télécommunication "Early Bird" nécessitait pour la réception de son signal, de faire fonctionner un récepteur au zéro degrés absolu, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Les récepteurs actuels des signaux transmis par les satellites ont atteint un tel degrés de sophistication qu'ils sont devenus à portée de bourse du citoyen moyen.

Par ailleurs vu sa situation géographique, la Tunisie est arrosée, comme le reste des pays du Maghreb, par les programmes transmis par les satellites de télécommunications européens. On commençait alors à assister à l'apparition sur les toits de certaines maisons et ambassades d'antennes paraboliques .

Comme le développement d'un tel phénomène était inéluctable, le gouvernement Tunisien préféra prendre les devants et contrôler son extension en adoptant la loi du 15 **Janvier 1988 relative aux stations terriennes individuelles ou collectives pour la réception des programmes de télévision par satellite** (11).

Ces préoccupations ressortent du discours de présentation du projet de loi devant la chambre des députés par le ministre des communications. Dans son allocution, ce dernier avait insisté sur le fait que *«le développement technologique a permis à l'industrie mondiale d'exposer sur le marché des instruments de réception des signaux transmis par satellite, caractérisés par leur haut degrés de sophistication et leur coût réduit ce qui leur permet d'être à la portée de toutes les bourses»* (12). Et le ministre d'ajouter que *«ce projet de loi a trait à une technologie nouvelle, qui est appelée à connaître dans un avenir proche une expansion inéluctable et généralisée. Il est donc nécessaire de permettre à l'administration de contrôler la situation sans pour autant que cela ne constitue un frein au développement de la technologie en la matière»* (13).

La loi dont il s'agit, concerne la réception **à titre privé des programmes de télévision transmis aussi bien par les satellites de télécommunications, que ceux de diffusion directe fonctionnant exclusivement sur des bandes attribuées au service de radiodiffusion par satellite** (14).

L'adoption de cette loi fût suivi par la publication de deux Décrets d'application en date du 12 Décembre 1988. Le premier relatif à la fixation des redevances afférentes à l'utilisation des stations terriennes individuelles ou

(9) La première zone est celle constituée par l'Europe, l'Afrique, l'U.R.S.S. et la Mongolie. La seconde a été octroyée aux pays du continent américain. Enfin la troisième est celle occupée par les pays d'Asie et l'Australie.
(10) Voir A.-L. Mie, op. cit., p. 87.
(11) Loi n° 88-1 du 15/1/88 J.O.R.T. du 22/1/88 p. 82.
(12) Voir le discours du ministre des communications. Débats de la Chambre des Députés. J.O.R.T. n° 23 du 12/1/88, p. 1294.
(13) Ibid. p. 1294.
(14) La réception privée qu'évoque la loi a été définie comme étant la réception individuelle sur les lieux privés et la réception collective sur les réseaux collectifs privés non établis par le Ministère des communications.

collectives pour la réception des programmes de télévision par satellite (15). Quant au second, il avait pour objet de déterminer les modalités de délivrance des autorisations ainsi que les conditions d'installation et d'exploitation des stations terriennes individuelles ou collectives pour la réception des programmes de télévision par satellite (16).

L'ensemble de ces textes constituent la législation Tunisienne en matière de réception des programmes de télévision transmis par satellite. Il ne faut cependant pas oublier de mentionner qu'un cahier des charges techniques a aussi été prévu. Ce dernier est considéré comme étant un document interne à l'administration. Jusqu'à présent, il n'a fait l'objet d'aucune publication Officielle (17).

Par ailleurs, cette législation concerne uniquement la réception des programmes . Elle ne s'applique aucunement aux moyens de retransmission de ces programmes. En effet, dans ce domaine compétence est donnée à la loi n° 77-58 du 3/8/77 portant approbation du code des télécommunications.

L'examen de cette législation fait ressortir un double impératif :

Le premier est que la réception privée des programmes de télévision transmis par satellites, est soumise à une stricte réglementation (I).

Le second est le maintien du monopole de l'État pour tout usage commercial des programmes de télévision transmis par satellites (II).

Tels sont les deux axes autour desquels s'articulera l'étude de la présente législation.

Ière PARTIE : UNE LÉGISLATION SOUMETTANT LA RÉCEPTION PRIVÉE DES PROGRAMMES DE TÉLÉVISION TRANSMIS PAR SATELLITES À UNE STRICTE RÉGLEMENTATION

La législation, dont il s'agit, soumet l'importation, la fabrication, l'installation et l'utilisation des stations terriennes de réception de programmes de télévision transmis par satellite a une procédure rigoureuse (A), dont la méconnaissance entraîne des sanctions tant administratives que pénales (B).

§1 - LA PROCÉDURE RÉGISSANT L'IMPORTATION, LA FABRICATION, L'INSTALLATION ET L'UTILISATION DES ÉQUIPEMENTS DESTINÉS À LA RÉCEPTION DE PROGRAMMES DE TÉLÉVISION TRANSMIS PAR SATELLITE

Cette procédure complexe, comporte différentes phases. Elle concerne en premier lieu les professionnels à savoir les fabricants, revendeurs et installateurs, et en second lieu les utilisateurs.

A - La procédure applicable aux professionnels

La transmission des programmes de télévision par satellite, nécessite l'existence sur le marché local d'un matériel approprié. Ce matériel ne peut être construit, importé ou installé sans que le fabricant ou l'installateur n'aient au préalable satisfaits un certain nombre de conditions légales.

---

(15) Décret n° 88-2000 du 12 Décembre 1988 J.O.R.T. n° 85 du 23/12/88, p. 1757.
(16) Décret n° 88-2001 J.O.R.T. n° 85 du 23/12/88, p. 1758.
(17) Il faut noter à ce niveau, que tant que ce cahier des charges n'a pas été officiellement publié, l'administration a toute la latitude pour le changer. Il ne peut donc être valablement opposé aux tiers.

Ces conditions se rapportent tant aux personnes physiques ou morales exerçant la profession de fabricant, de revendeur ou d'installateur, qu'au matériel commercialisé lui-même. Il s'agira tour à tour de l'agrément et de l'homologation.

1 - Les conditions relatives aux personnes : l'agrément

La fabrication, la commercialisation et l'installation de stations terriennes individuelles ou collectives de réception de télévision par satellite est soumise à un agrément. Ainsi toute personne physique ou morale désirant exercer la profession de constructeur, revendeur ou installateur doit au préalable avoir obtenu l'agrément du ministre des communications après avis des ministres de l'intérieur et de la défense nationale.

L'agrément doit être présenté par toute personne ayant qualité de commerçant au sens de l'article 2 du code de commerce (18). Tout autre personne n'ayant pas cette qualité ne peut prétendre fabriquer, commercialiser ou même installer ce genre d'équipement. La qualité de commerçant suppose que cette législation entend tout d'abord permettre aux autorités compétentes d'exercer un contrôle adéquat sur le produit construit ou commercialisé. Ensuite, elle vise à protéger le consommateur contre tout éventuel achat d'un produit non conforme ou mal façonné.

À ce titre, l'agrément n'est pas automatiquement délivré sur simple présentation par l'intéressé d'un dossier au ministère des communications dans lequel, il indique sa qualité, sa nationalité, son domicile ainsi que le paiement d'une somme de 60 Dinars à titre de frais d'études. Il faut encore que cette personne satisfasse, les prescriptions contenues dans le cahier des charge prévues à cet effet (19).

Une fois cette procédure accomplie, le ministre des communications, après avis de ceux de l'intérieur et de la défense nationale délivre son agrément à l'intéressé.

À ce niveau, il faut signaler que l'article 10 du Décret parle de «cahiers des charges». La question se pose de savoir, quels sont les cahiers de charges visés ? S'agit-il des cahiers de charges techniques prévus à l'article 8 de la loi de 88 ? Ou d'autres types de cahiers de charges ?

En ce qui concerne la nature de ces cahiers de charges, cela n'est nullement précisé. Le projet actuel de cahier des charges en cours d'élaboration est à caractère technique et concerne uniquement le matériel et les installations.

Relevons que le fait, que plusieurs sociétés spécialisées dans le matériel de réception de programmes transmis par satellite existent, suppose que celles-ci ont satisfaites à toutes les conditions relatives à l'octroi de l'agrément.

Par ailleurs, en exigeant l'obtention de l'avis des ministères de l'intérieur et de la défense nationale, la loi ne précise pas d'une part de délai de réponse, et d'autre part si cet avis oblige ou non le ministre des communications.

En ce qui concerne les délais, l'intéressé fait face au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ce pouvoir échappant à tout contrôle, il est souhaitable que la réponse soit donnée dans un délai raisonnable.

---

(18) Au terme de cet article : *..est commerçant quiconque à titre professionnel, procède à des actes de production, circulation, spéculation, entremise, sous réserve des exceptions prévues par la loi. Notamment est commerçant quiconque, à titre professionnel procède, à l'extraction des matières premières, à la fabrication et à la transformation des produits manufacturés, à l'achat et à la vente ou à la location des biens quels qu'ils soient, à des opérations d'entrepôt ou de gestion de magasins généraux, aux transports maritimes, terrestres et aériens de biens et de personnes, à des opérations d'assurances terrestres, maritimes ou aériennes quelles qu'en soient les modalités, à des opérations d'échange, de banque ou de bourse, à des opérations de commissions, de courtage, à l'exploitation d'agences d'affaires, à l'exploitation d'entreprises de spectacles publiques, à l'exploitation des entreprises de publicité, d'édition, de communication ou transmission de nouvelles et de renseignements».*

(19) Voir D. 88-2001 du 12/12/88 op. cit., Article 10.

Pour ce qui est du caractère obligatoire de l'avis, il est tout à fait logique que si l'un des deux ministères émet un avis défavorable, le ministre des communications ne délivre pas d'agrément à l'intéressé.

Face à une décision administrative de rejet, la personne lésée pourra toujours faire prévaloir ses droits auprès du juge administratif en application de l'article 3 de la loi n° 72-40 du 1/6/72 instituant le Tribunal Administratif.

Une fois l'agrément obtenu, le matériel doit alors être homologué.

2 - Les conditions relatives au matériel : L'homologation

Le matériel de réception de programmes transmis par satellite, doit être homologué. La législation en vigueur a posé le principe de l'homologation, pour éviter que ne soit importé ou fabriqué du matériel dont l'ultime fonction ne serait pas de capter les signaux de télévision. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les signaux émis par les satellites de télécommunication. Il s'agira en quelque sorte de protéger les communications téléphoniques contre tout éventuel piratage ou même espionnage.

Au terme de l'article 8 de la loi du 15/1/88 *«les constructeurs, importateurs ou revendeurs importateurs sont tenus de déposer avant la commercialisation une demande d'homologation auprès du ministère des communications pour chaque type de matériel importé ou fabriqué»*.

Lorsque le matériel est importé, l'intéressé doit fournir le certificat d'homologation dans le pays d'origine. Si au contraire il est fabriqué en Tunisie, ce matériel doit être obligatoirement conforme aux clauses de cahier des charges techniques.

Pour ce qui est de cette seconde éventualité, la question s'est posée lors des débats parlementaires de savoir quelles mesures ont été prises pour encourager la fabrication locale de ce matériel, surtout que l'expérience des téléviseurs montés localement a réussi. Le ministre des communications a alors répondu, qu'une campagne de sensibilisation des investisseurs et promoteurs étrangers était en cours et visait l'installation d'unités de fabrication et de montage de ces équipements (20).

En pratique, l'homologation consiste dans le dépôt d'un dossier auprès du ministère des communications, contenant notamment une demande sur papier libre, une description technique du matériel à homologuer, l'agrément et le paiement de la somme de 50 Dinars à titre de frais d'études.

Après étude de conformité du matériel présenté, le ministère des communications délivre à l'intéressé un certificat d'homologation pour une durée de 5 ans.

À ce niveau, la question se pose de savoir pourquoi la durée a t-elle était fixé à cinq ans. La réponse la plus probable est que compte tenu de l'évolution constante de cette technologie, les normes techniques de construction du matériel ne seront plus les mêmes. Une adaptation tant du cahier des charges, qui n'a pas encore vu le jour, que du matériel commercialisé sera alors nécessaire.

Au principe de l'homologation existe une exception qui, touche *«les personnes physiques et morales qui procèdent à des importations à titre individuel et pour leurs propres besoins»*. Ces personnes ne sont pas astreintes à suivre la procédure d'homologation. Ils doivent simplement obtenir une autorisation de retrait auprès des services techniques du ministère des communications, après vérification de la conformité de ce matériel aux clauses des cahiers de charges techniques.

(20) Voir débats parlementaires op. cit., p. 1297. En effet, on assiste actuellement à une industrie naissante. Seulement son taux d'intégration demeure encore assez faible.

En fait, cette hypothèse se présente de la manière suivante : une personne, qui sans avoir nécessairement la qualité de commerçant, importe un matériel destiné à la réception de programmes transmis par satellite ; ce matériel, sera retenu par les services de la douane, jusqu'à ce que l'intéressé, leur délivre une autorisation obtenue auprès des services techniques du ministère des communications.

Le problème qui risque de se poser à ce niveau, est qu'en l'absence de la publication d'un cahier des charges techniques, le matériel concerné risque de rester indéfiniment saisi par les services de la douane. Cependant, la question a été résolue puisque en pratique, les services techniques du ministère des communications se contentent du certificat d'homologation du pays d'origine du matériel importé, pour délivrer l'autorisation nécessaire au retrait.

Une fois homologué le matériel en question sera commercialisé pour être installé. En vue de son installation, l'utilisateur devra se plier à un certain nombre de procédures.

B - La procédure applicable à l'utilisateur

La procédure prévue par la législation en vigueur diffère selon que l'on est en présence d'une station terrienne de réception de signaux de télévision transmis par des satellites de télécommunication, ou par des satellites de diffusion directe.

En ce qui concerne les signaux de télévision transmis par les satellites de diffusion directe (D.B.S.), l'article 5 de la loi du 15/1/88 dispose qu'une simple déclaration adressée au ministre des communications, dont copie transmise au ministre de l'intérieur au moment de l'installation ou de la mise hors service de ce matériel, est suffisante.

Cette procédure simplifiée s'explique par le fait que les satellites de diffusion directe n'émettent que sur des bandes attribuées en exclusivité au service de radiodiffusion. Il n'y a donc pas de risques à ce que les écoutes téléphoniques soient piratées ou même espionnées.

Cependant, il faut noter que la loi de 1988 a été votée et est entrée en vigueur avant même que les satellites de diffusion directe Européens ne soient lancés. Les premiers engins de ce genre ont été lancés au début de l'année 1989 (21).

Par contre lorsqu'il s'agit de signaux de télévision transmis par les satellites de télécommunication, la procédure est tout autre.

L'intéressé doit envoyer par l'intermédiaire de son installateur agréé, une demande comprenant ses qualités, la nature de l'équipement et sa destination, l'identification de l'installateur ainsi que les références relatives à l'agrément et à l'homologation. En sus, il doit payer la taxe afférente à l'autorisation demandée.

Au niveau de la redevance, le Décret du 12/12/88 établi une distinction. Pour ce qui est des installations à usage exclusivement personnel, l'intéressé devra payer une redevance unique et forfaitaire de l'ordre de 60 Dinars, lors de l'acquisition ou de l'introduction des équipements.

Quant aux installations collectives privées, effectuées par les hôtels, clubs, associations, ou salles de spectacles, la liste n'étant pas exclusive, le calcul de la redevance est différent. Ainsi, les intéressés sont tenus de payer, par avance et d'une traite, une redevance annuelle de 120 Dinars. Cette redevance couvre l'installation d'une parabole et d'un seul récepteur. Cependant, au cas ou l'installation d'un second ou d'un troisième récepteur s'avère être nécessaire, un surplus de 20 Dinars par récepteur est exigé.

(21) Voir : Les satellites de diffusion directe réalités et perspectives op. cit., p. 6.

La législation traite différemment, les équipements à usages strictement individuel de ceux à usage collectif privé. En effet, la loi omet de mentionner la nature de la redevance relative aux groupements collectifs privés. S'agit-il d'une redevance d'usage, ou d'une redevance de contrôle, ou les deux à la fois ? En l'absence d'une qualification expresse, on peut assimiler cette redevance à une taxe. Cette interprétation est consolidée par le fait que ce taux déterminé par la loi de finances, est susceptible de variation. D'autre part, son recouvrement est normalement du ressort du ministre des communications qui dressera les rôles des redevables et les rendra exécutoires, comme cela est prévu par l'article 23 du Code des télécommunications en ce qui concerne le recouvrement des redevances "d'usage et de contrôle".

Quant aux produits provenant de cette redevance, ils devront servir, selon le ministre des communications à améliorer le réseau actuel de radiodiffusion et de télévision (22).

Une fois que l'ensemble de ces conditions est rempli, l'autorisation est délivrée à l'intéressé après avis des ministres de l'intérieur et de la défense nationale. Celle-ci est en principe délivrée dans le mois qui suit son dépôt.

La procédure prévue par cette législation doit être rigoureusement suivie par les personnes concernées, sous peine de sanctions.

§ 2 - LES SANCTIONS INHÉRENTES À L'INOBSERVATION DE LA PROCÉDURE EN VIGUEUR

Les infractions aux dispositions et procédures de la législation en vigueur est sujette à sanctions. Ces sanctions sont celles prévues par les articles 17 à 22 de la loi du 15/1/88.

Avant d'étudier la nature de ces sanctions, il convient au préalable de faire certaines remarques à propos des personnes chargées de constater l'infraction.

Au terme de l'article 17 de la dite loi, *«les infractions commises sont constatés par des procès verbaux établis par tous les agents ayant qualité de dresser des procès verbaux, par les fonctionnaires des ministères des communications et des affaires culturelles dûment assermentés et nominativement désignés à cet effet»*.

La rédaction de cet article laisse planer des zones d'ombres. Autant l'établissement des procès verbaux par les agents du ministère des communications, des affaires culturelles et de l'information nous paraît conforme à l'esprit de la loi, autant l'intervention de tous les autres agents nous paraît être équivoque.

En effet, il s'agit là d'un domaine de pointe, ou l'expérience et la compétence sont requises au premier chef. Tel est le cas pour les fonctionnaires assermentés et nominativement désignés appartenant aux ministères des communications, des affaires culturelles et de l'information. Cependant, de tels critères ne sont pas de l'apanage de tous les agents supposés avoir la qualité de dresser des P.V. On imaginerait mal un huissier notaire, bien qu'ayant compétence, dresser un P.V pour un fabricant ou un installateur dont le matériel ne serait pas conforme aux dispositions du cahier des charges, ou encore n'ayant pas observé avec rigueur la procédure prévue. Il ne serait en rien compétent pour constater l'infraction. La question est encore plus délicate dans la mesure ou l'on ne retrouve pas d'éclaircissement en consultant les débats parlementaires relatifs à ce projet de loi.

Une tentative de réponse pourrait être néanmoins apportée. Il serait plus aisé d'assimiler *«tous les agents ayant qualité de dresser des P.V.»* à ceux prévus par l'article 47 du Code des Télécommunications. Il s'agira alors, des *«officiers de police*

(22) Voir Débats Parlementaires op. cit., p. 1295.

judiciaire visés au 3ème et 4ème alinéa de l'article 10 du code de procédure pénale et des fonctionnaires et agents du ministère de l'intérieur assermentés et nominativement désignés», chacun dans le ressort de sa compétence.

Ces personnes chargées d'établir des procès verbaux les transmettront immédiatement au ministère des communications et adresseront une copie aux autres ministères concernés. À ce moment, des sanctions pénales ou administratives peuvent être infligées au contrevenant.

A - Les sanctions administratives

Au terme de l'article 19 de la loi de 88, ces sanctions prises par le ministre des communications, le seront soit sur sa propre initiative, soit sur proposition des ministres de l'information et de la culture.

Elles se traduisent par le retrait temporaire ou définitif de l'agrément ou de l'autorisation ainsi que par la confiscation ou destruction du matériel saisi.

À ce niveau, la loi de 88 fait preuve d'une grande fermeté en la matière. Le manquement à ses dispositions entraîne soit le retrait ou même la confiscation et la destruction du matériel.

De telles mesures sont sévères, une autre graduation aurait pu être prise en compte. Au cas ou l'infraction est légère, une simple mesure d'avertissement dans un premier temps, ou de suspension de l'agrément dans un second temps, peut largement suffire.

Or, en présence de telles dispositions, la sanction infligée risque de ne pas être proportionnelle à l'infraction commise, ce qui léserait les intérêts de la personne sanctionnée. Celle-ci peut faire prévaloir ses droits et porter plainte. Comme la loi, n'a pas été explicite sur la question, la question se pose alors de savoir quels sont les voies de recours ouvertes au plaignant.

Le retrait, la confiscation ou la destruction du matériel, tout comme le refus de délivrer l'agrément sont considérés comme étant des actes administratifs, pouvant faire l'objet d'un Recours pour Excès de Pouvoir devant le Tribunal Administratif en application des dispositions de l'article 40 de la loi de 1972.

B - Les sanctions pénales

L'article 19 de la loi de 1988 prévoit l'éventualité d'un recours aux sanctions pénales .

Les sanctions prévues par ce chapitre, sont essentiellement d'ordre pécuniaires. Le contrevenant est puni d'une amende variant entre 20 et 100 Dinars, en fonction de la gravité de l'infraction.

D'autre part, une amende allant de 20 à 100 Dinars, est infligée à toute personne ne payant pas l'ensemble des redevances prévues par la loi dans un délai de deux mois à compter de leur exigibilité. Cette pénalité peut être portée au double en cas de récidive.

Le recouvrement de tels créances est poursuivi par voie d'états de liquidation décernés par le ministre des communications, comme en matière d'impôts directs et exécutoires par provision nonobstant opposition.

De telles dispositions, ne sont pas en réalité sévères. Aucune peine de prison n'a été prévue, comme cela est le cas pour les infractions commises dans le cadre du Code des Télécommunications. Il y a la un assouplissement aux niveaux des sanctions pénales.

Ceci étant, l'étude de réglementation en matière de réception privée des programmes de télévision transmis par satellites, fait ressortir le caractère permissif

de cette législation. Tel n'est cependant pas le cas en ce qui concerne l'utilisation commerciale de ces mêmes programmes. À ce niveau la législation apparaît beaucoup plus restrictive dans la mesure ou elle protège jalousement le monopole de l'État .

IIème PARTIE : UNE LÉGISLATION MAINTENANT LE MONOPOLE AUDIOVISUEL DE L'ÉTAT POUR TOUT USAGE COMMERCIAL DES PROGRAMMES DE TÉLÉVISION TRANSMIS PAR SATELLITES

Le monopole audiovisuel de l'État, nécessite que toute personne désirant faire un usage commercial des programmes de télévision diffusés par satellites doit obtenir une autorisation préalable (A). Cependant, une telle mesure ne doit pas occulter le fait que cette législation constitue en dernier ressort une étape vers l'élaboration progressive d'une politique de déréglementation de l'audiovisuel en Tunisie (B).

§ 1 - LA SOUMISSION DE L'UTILISATION COMMERCIALE DES PROGRAMMES DE TÉLÉVISION DIFFUSÉS PAR SATELLITES AU RÉGIME DE L'AUTORISATION PRÉALABLE

L'utilisation commerciale des programmes de télévision diffusés par satellites est prévue par le Chapitre 4 de la loi du 15/1/88. Il s'agira de dispositions spéciales dont il appartiendra de préciser la teneur, avant d'en analyser les sanctions.

A - La teneur de la notion d'utilisation commerciale des programmes de télévision transmis par satellites

Par utilisation commerciale, la loi entend, soit la retransmission de ces programmes, soit leur enregistrement et leur duplication.

Pour toutes ces opérations, l'intéressé doit au préalable obtenir une autorisation des ministres des communications et des affaires culturelles. L'obtention de cette autorisation, s'explique par le fait que l'État détient un monopole de droit sur la radiodiffusion sonore et télévisuelle.

Ce monopole qui existait bien avant l'indépendance, a été institué en vertu du Décret du 26 Août 1948, lequel interdisait l'exploitation des postes privés d'émission de 3ème catégorie (23).

Après l'indépendance, c'est le Décret Beylical du 25 Avril 1957 qui a reconduit ce monopole au profit de la nouvelle institution de la R.T.T. qu'il a créée (24). En vertu de ce texte, la radiodiffusion sonore et télévisuelle est de la seule compétence de l'État, qui l'exerce par le biais de La R.T.T. Celle-ci a seule qualité pour prévoir, exécuter ou faire exécuter des programmes de toute nature sonores, visuels ou imprimés. En plus elle avait mission de protéger ce monopole contre toutes éventuelles atteintes. C'est donc dire que ce monopole était très strict puisqu'il concernait tant la diffusion publique que non publique des programmes.

(23) Voir D. 26/8/48 J.O.T. du 31/8/48, p. 1354. Pour plus de détail sur la situation de la radiodiffusion avant l'indépendance, voir en particulier Mohamed Hamdene : Le droit de l'information en Tunisie C.N.U.D.S.T. 1989.
(24) Voir D. 25/4/57 J.O.T. du 26/4/57 p. 678.

Bien que ce texte soit encore en vigueur au moment de l'adoption de la loi du 15/1/88 on constatait d'ores et déjà un assouplissement dans l'application de ce monopole.

En effet, le 15/8/60, soit quatre ans après l'indépendance, un accord Tuniso-Italien permit l'installation d'un réémetteur à Bou Kornine, pour diffuser le signal de la Rai Uno sur le grand Tunis. Opération ponctuelle à l'époque, celle-ci devait se consolider par la convention Tuniso-Italienne du 7/12/84 qui étendit la diffusion de la chaîne italienne sur tout le territoire national.

Par ailleurs, le 12/6/83 une seconde chaîne de la R.T.T. devait voir le jour. Celle-ci était constituée pour l'essentiel par les chaînes françaises, à l'exception du Journal Télévisé et l'allocution présidentielle. La formule devait s'affiner par la suite.

C'est dans ce contexte évolutif de l'émission et de la retransmission télévisuelle qu'il faut situer les dispositions pertinentes de la loi de 1988.

Ainsi en application de l'article 15 de cette même loi, *«toute retransmission des programmes de télévision via satellite en dehors de l'enceinte d'un immeuble, d'un hôtel, ou d'un propriété privée est rigoureusement interdite sans l'autorisation des ministres des communications et des affaires culturelles»*.

Cette disposition vise la nouvelle technologie de la transmission des programmes télévisuels : le câblage.

La câblodistribution est une nouvelle technique de diffusion, qui permet d'acheminer vers des points raccordés à un réseau câblé toutes sortes d'informations, de services ou de programmes pré-enregistrés, captés par satellites ou produits sur place.

Cette loi retient le principe de la diffusion câblée des programmes transmis par satellites, pour l'usage du grand public, à la condition que l'intéressé obtienne une autorisation préalable des autorités compétentes .

L'intervention du ministre de la culture se justifie par la nécessité d'un contrôle sur les programmes transmis. Car, autant la loi est permissive en ce qui concerne la réception privée de ces programmes, autant elle devient plus exigeante lorsqu'il s'agit d'émissions destinées à un auditoire plus large. Il est des normes et des standards culturels, qu'il faut impérativement préserver.

Cependant, il est étonnant que dans aucune autre disposition de la présente législation, il n'est fait état d'une quelconque procédure relative à l'établissement d'une télévision câblée grand public.

En effet, une vision plus claire nous est donnée par la loi algérienne de l'information du 3 Avril 1990. Son article 56, dispose que *«La distribution par câble d'émissions radiophonique, sonore ou télévisuelles ainsi que l'utilisation de fréquences radioélectriques sont soumises à autorisation et obéissent à un cahier général de charges établi par l'administration, le conseil supérieur de l'information consulté»* (25).

Le législateur tunisien devrait s'inspirer de ce texte et prévoir une procédure adéquate ouvrant la voie à l'établissement de sociétés privées émettant par satellite, sous le contrôle des autorités compétentes.

D'ailleurs, lors des débats parlementaires, la commission des affaires politiques avait suggéré la modification de certaines dispositions actuelles du code des télécommunications, en vue de les adapter à ces nouvelles techniques de diffusion par satellites (26).

---

(25) Voir Belkacem Mostefaoui : "La liberté de communication audiovisuelle au Maghreb : de la vaine réglementation du monopole d'État à une démonopolisation subie" Texte polycopié in Colloque Liberté et communication au Maghreb : 22-26 Mai 91 Tunis.

(26) Voir les débats parlementaires p. 1296.

Une telle proposition mériterait réflexion, dans la mesure ou certaines dispositions de ce code doivent être repensées et adaptées à l'évolution des nouvelles technologies de communication.

Outre la retransmission commerciale des programmes de télévision transmis par satellites à des fins commerciales, l'article 15 al 2 prévoit que la procédure de l'autorisation préalable est aussi applicable à leur enregistrement ou duplication pour le même usage.

Il s'agira ici du même esprit de contrôle sur la qualité des programmes et leur contenu qui prévaut. Ainsi toute personne qui souhaiterait enregistrer ces programmes pour les commercialiser devrait être préalablement autorisée.

Cette seconde éventualité que prévoit l'article 15 al 2 est beaucoup plus probable que la première, dans la mesure ou elle ne nécessite pas la mise en place d'une infrastructure lourde et conteuse. Un simple magnétoscope branché sur un récepteur de signaux émis par satellite suffit à accomplir ces opérations d'enregistrement ou de duplication.

Seulement le problème du contrôle de la commercialisation de ces programmes demeure toujours posé. La loi pose le principe de l'autorisation, sans pour autant prévoir de modalités du contrôle de son respect. De ce fait rien n'empêcherait une personne disposant du matériel nécessaire et cherchant le gain facile, d'enregistrer ou de dupliquer à des fins commerciales des programmes qui sont normalement soumis à autorisation. À cette fin la vigilance des autorités compétentes doit être continue, dans le but de limiter l'expansion de ces pratiques illégales.

Ceci étant, l'article 16 de la présente loi prévoit des sanctions contre toute personne ayant failli aux dispositions que nous venons d'analyser.

B - Les sanctions tendant à protéger le monopole audiovisuel de l'État

L'article 16 précité prévoit un double degrés de sanctions lorsqu'il dispose que «*Les infractions au présent article sont passibles des pénalités prévues par la présente loi sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent résulter de la violation du monopole des télécommunications, de la radiodiffusion et télévision et du droit d'auteur*».

En ce qui concerne les pénalités, il s'agira de celles prévues par le chapitre 5 relatif aux sanctions, que nous avons analysé précédemment.

S'agissant des poursuites judiciaires, elles sont réparties en trois catégories, qu'il appartient d'analyser.

1 - Sanctions relatives à la violation du monopole des télécommunications

La violation de ce monopole est soumise aux articles 47 à 56 de la loi du 3/8/77 portant approbation du Code des Télécommunications. Il s'agira de sanctions administratives et pénales.

Pour les sanctions administratives, elles varient du simple avertissement, au retrait définitif de l'autorisation avec apposition de scellés.

Quant aux sanctions pénales, elles vont de 16 jours à 1 an de prison et peuvent emporter soit la confiscation du matériel au profit de l'État, soit sa destruction.

2 - Sanctions relatives à la violation du monopole de la radiodiffusion et télévision.

Le monopole de la radiodiffusion et télévision était soumis au moment de l'adoption de cette loi aux dispositions du Décret Beylical du 25 Avril 1957 portant création de la R.T.T. Actuellement, le service public de la radiodiffusion est régit par la loi n° 90-49 du 7/5/90 portant création de l'établissement de la R.T.T (27).

Dans aucun de ces deux textes, puisque le D.B. du 25/4/57 n'a pas été formellement abrogé, il n'est fait mention de sanctions spécifiques à la violation de ce genre de monopole. Cela n'est pas étonnant dans la mesure ou pour porter atteinte à un tel monopole, il faudrait au préalable avoir mis sur pied une installation de télécommunication. Or, si cette dernière est faite en marge de la loi, c'est aux dispositions pertinentes du code des télécommunications, qu'il faudra avoir recours.

En réalité le monopole de la radiodiffusion et de la télévision peut être violé d'une autre manière, et ce en portant atteinte à des droits juridiquement protégés, lesquels constituent la troisième catégorie de sanctions.

3 - Sanctions relatives à la violation du droit d'auteur

Le droit d'auteur a été défini comme étant «*un ensemble de prérogatives juridiques d'ordre patrimonial et moral, conféré à l'auteur sur ces créations intellectuelles. L'auteur à qui ces droits sont reconnus, a notamment le droit d'autoriser l'utilisation des œuvres, produits de sa création, contre paiement d'une rémunération juste et équitable*» (28).

En Tunisie, la protection du droit d'auteur, plus particulièrement, le droit de reproduction et le droit de représentation, est assurée par la loi n° 66-12 du 14 Février 1966 (29), qui reconnaît à l'auteur le droit exclusif d'autoriser la communication de son œuvre au public par radiodiffusion.

Les articles 33 à 36 de cette loi prévoient des sanctions pénales allant du paiement d'une amende de 20 à 200 Dinars, jusqu'à l'emprisonnement de 6 mois, avec possibilité de confiscation et de destruction des œuvres juridiquement protégées.

Cependant, la question n'est pas aussi simple et le problème demeure toujours posé, lorsque l'œuvre retransmise par satellite est exploitée par des personnes pour lesquelles les droits d'auteur n'ont pas été acquis. La question demeure encore entière et fait l'objet d'après discussion au sein de la doctrine (30).

Cependant, quelque soit sa teneur, la législation actuelle sur la réception des programmes transmis par satellites, constitue sans l'ombre d'un doute un pas vers l'élaboration progressive d'une politique visant la déréglementation du secteur de la communication audiovisuelle.

§ 2 - VERS L'ÉLABORATION D'UNE POLITIQUE DE DÉRÉGLEMENTATION EN MATIÈRE DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

Le développement des technologies dans le domaine de la communication audiovisuelle font que «*les règles de droit applicables à la radio ou à la télévision souffrent partout du même handicap : à peine édictées, elles sont frappées*

(27) Voir Loi n° 90-49 du 7/5/90 J.O.R.T. n° 32, p. 613.
(28) Voir N. Mezghani : "Les problèmes de droit d'auteur dans l'utilisation des satellites de communication" R.T.D 1986, p. 594.
(29) Voir Loi n° 66-12 du 14/2/66 J.O.R.T du 15/2/66, p. 268.
(30) Voir l'excellente étude du Pr. Mezghani op. cit., 592 et ss.

d'obsolescence... Grâce aux prouesses accrues des médias, la circulation des nouvelles ou des films, des images ou des sons, des œuvres audiovisuelles ou des données statistiques, est d'autant plus difficile à organiser, à la fois à réglementer et à garantir, qu'il s'agit d'une liberté fondamentale dont l'exercice commande celui des autres libertés personnelles ou politiques» (31).

Au diapason des nouvelles technologies, la Tunisie essaye sans cesse de concilier entre le principe de la liberté de communiquer et les impératifs de sauvegarde de son identité culturelle.

En effet, outre l'expérience avortée de 1965 pour la création d'une station de radio commerciale à Ras Djebel, qui peut être est intervenue un peu tôt, nous assistons actuellement à la mise en place d'une infrastructure dont le but ultime est la déréglementation progressive du secteur.

Le Code des Télécommunications du 3/8/77 a prévu dans ses articles 7 et 8 un comité de coordination qui fût institué par le Décret du 22/8/80.

S'il est vrai que ce comité est appelé à jouer un rôle important au niveau de l'attribution des fréquences (32), il n'en demeure pas moins que sa compétence au niveau de l'attribution des autorisations relatives à l'installation de moyens de télécommunications, n'est point négligeable.

En effet, il n'est pas à exclure que ce comité puisse un jour attribuer des autorisations en vue de la redistribution par câblodiffusion et à des fins commerciales, de programmes de télévision transmis par satellites.

Si la câblodistribution a actuellement fait son apparition dans les enceintes collectives privées, tel le port El Kantaoui, rien n'empêche que son usage à une échelle grand public soit envisagée dans un proche avenir . Il n'est qu'a se pencher sur le projet de câblage des berges du lac de Tunis, pour se rendre compte de l'imminence de cette phase.

L'action de ce comité pourrait donc, s'étendre à la câblodiffusion, ce qui éviterait une modification des textes actuels.

Par ailleurs, le Décret n° 82-1363 du 21/10/82, modifiant et complétant celui du 9/5/81 a institué la direction de la diffusion, qu'il a notamment chargée de *«l'organisation, du développement.... des programmes radiophoniques et télévisés ainsi qu'à l'infrastructure et l'environnement»* (33).

Cet effort devait se consolider ultérieurement par la création d'un centre d'études et de recherches en matière de télécommunications, dont le directeur général a été nommé par le Décret du 16/4/90 (34).

La création d'un conseil supérieur de la communication par le Décret du 30/1/89 devait encore marquer le pas en ce sens. Ce conseil, bien qu'ayant un rôle consultatif, est notamment chargé d'élaborer une politique globale de l'information dont l'objectif est d'une part de permettre au citoyen de jouir d'une information libre et multiple et, d'autre part de veiller à l'évolution de la législation en la matière.

D'ailleurs, il ne fallut pas attendre longtemps, pour qur la loi du 7/5/90, crée l'établissement de la R.T.T. Celle-ci est notamment chargée de contribuer à la promotion de l'information (35). Un tel effort s'avère être nécessaire, si la chaîne nationale tunisienne entend préserver son taux d'écoute.

À un autre niveau, un code des investissements culturels est actuellement en chantier, qui tend à établir un certain nombre d'avantages de nature à encourager l'investissement dans ce secteur.

---

(31) Voir F. Balle : Médias et sociétés, Montchrestien, Paris 1990.
(32)
(33) Voir l'article 35 bis du Décret précité.
(34) Voir Décret n° 90-631 du 16/4/90 J.O.R.T. n° 29 du 1/5/90 p. 558.
(35) Voir loi n° 49-90 du 7/5/90 J.O.R.T du 15/5/90, p. 613.

Cette diversité du paysage institutionnel, outre l'avènement sur nos écrans de la deuxième chaîne française en mai 1989 constituent les signes révélateurs, de l'enclenchement d'un processus visant à diversifier les canaux d'information et de communication.

Ce processus naissant doit être consolidé à une plus grande échelle, de sorte à supprimer les barrières mises devant la liberté de communication et d'information tant au niveau maghrébin qu'arabe. Une information qui serait en fin de compte au service de l'intérêt du citoyen arabe (36).

(36) Voir : Médias, Sociétés et Démocraties : Dossier spécial, le Monde Diplomatique Mai 1991.

R.R.J. 1993-1
Pages 255 à 270

- VI -

MÉTHODOLOGIE

INDICATIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES EN INTRODUCTION À UN COURS ET DES TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CIVIL DE 1ÈRE ANNÉE

Par

Olivier LALIGANT
Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

I. - NOTIONS DE BASE POUR UNE VISION GÉNÉRALE D'UN COURS DE DROIT CIVIL : LES SITUATIONS JURIDIQUES FONDAMENTALES EN DROIT CIVIL

A) Les situations juridiques objectives

B) Les situations juridiques subjectives

II. - NOTIONS DE BASE POUR LA PRÉPARATION DES TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CIVIL : LA SANCTION DES SITUATIONS JURIDIQUES DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES

A) L'action en justice

B) Les réactions possibles à l'action en justice

INTRODUCTION (*)

La finalité même du propos qui est le nôtre - mettre dès le début de l'année entre les mains des étudiants un texte offrant à la fois une vue de haut de ce qui leur sera ultérieurement développé et une base de réflexion pour l'approche et la solution des cas pratiques auxquels ils seront confrontés - commandait de traiter successivement "les situations juridiques fondamentales en droit civil" et "la sanction des situations juridiques devant les juridictions civiles".

I. - NOTIONS DE BASE POUR UNE VISION GÉNÉRALE D'UN COURS DE DROIT CIVIL : LES SITUATIONS JURIDIQUES FONDAMENTALES EN DROIT CIVIL

D'un point de vue sociologique, toute société humaine peut se définir, partout et toujours, comme un groupe d'individus. Ainsi toute société humaine apparaît comme étant composée de deux éléments : le groupe, distinct des individus qui le composent et qui est donc un élément de nature objective ; les individus qui constituent le groupe et qui sont pour cela un élément de nature subjective.

L'histoire du droit, et plus largement des sociétés humaines, nous apprend d'ailleurs que l'organisation juridique des rapports humains a tout d'abord été constituée, pour ce qui est du droit civil, par des règles dictant ce que le groupe permet ou défend. Ainsi cette organisation s'est-elle caractérisée, dans un premier temps, par la présence quasi exclusive de situations juridiques objectives, objectives parce que réglementées en considération de l'intérêt collectif, qui existe en dehors des intérêts personnels... Mais avec les temps modernes - modernes, et non pas contemporains - l'organisation juridique des rapports humains s'est vue remodelée, toujours au point de vue du droit civil, par la multiplication de règles d'un caractère nouveau, puisque celles-ci ont été établies pour permettre aux membres du groupe de poursuivre des buts personnels. Ainsi l'organisation juridique moderne est-elle caractérisée par la présence croissante, à côté des situations juridiques objectives, de situations juridiques subjectives, subjectives parce que réglementées en considération des personnes, sujets de droit, et établies en vue de permettre aux préférences et aux sentiments personnels de se donner carrière. Ce qui a constitué, juridiquement, un progrès considérable, puisqu'ont été ainsi créés de véritables biens incorporels qui, étant susceptibles d'appropriation et de disposition, ont accru la richesse et la liberté de manœuvre des personnes.

Aussi convient-il de préciser ces deux sortes de situations juridiques, on le voit tout à fait fondamentales, que sont les situations juridiques objectives (A) et les situations juridiques subjectives (B).

(*) Les développements de la première partie sont inspirés de l'ouvrage de référence de Paul Roubier, "Droits subjectifs et Situations juridiques", Dalloz, 1963, auquel il est donc très vivement recommandé de se reporter pour un approfondissement de la question.

A - Les situations juridiques objectives

Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par là (a), nous en donnerons une illustration (b), laquelle sera faite à partir d'exemples choisis dans le programme de droit civil de 1ère Année.

a) La notion de "situation juridique objective"

Comme le terme "objectif" le suggère, il s'agit d'une situation qui, dans une société déterminée, a pour objet le groupe, et non pas les personnes. Ainsi, par exemple, les règles prévues aux articles 144 et s. C. Civ. qui sont relatives aux conditions et aux effets du mariage... Autrement dit, ce qui caractérise une situation juridique objective, c'est qu'on y trouve une réglementation élaborée en considération de ce qui est estimé être les intérêts ou les valeurs du groupe, intérêts ou valeurs par cela même objectifs...

Il en résulte, très logiquement, que les situations juridiques objectives sont des situations dans lesquelles sont institués des devoirs plutôt que des droits, en d'autres termes dans lesquelles prévaut l'idée de charge, morale ou pécuniaire. Et c'est parce que les charges y prévalent que les intéressés - autre trait caractéristique des situations juridiques objectives - ne peuvent les organiser ou s'y soustraire. Ainsi est-il clair que les situations objectives sont autant de systèmes de pouvoirs et de devoirs créés par voie d'autorité en vue du bien commun (ce qui explique d'ailleurs qu'elles soient bien plus nombreuses en droit public qu'en droit privé). Effectivement, on ne trouve de situations objectives en droit privé que dans le cadre du droit des personnes et de la famille, ou encore dans les situations dites réactionnelles, c'est-à-dire donnant naissance à certaines actions en justice à l'encontre d'un fait (action en responsabilité, par exemple) ou d'un acte (action en nullité, par exemple) contraire à l'ordre juridique.

b) Illustration de la notion de "situation juridique objective"

Comme nous venons de le voir, les situations juridiques objectives ont la figure de situations établies en vue du bien commun, des intérêts de la collectivité... Les principales d'entre elles - dans ce qui est le programme de 1ère Année de droit civil - sont celles qui ont pour objet les modalités d'acquisition et d'extinction de la personnalité juridique... les moyens d'individualisation des personnes... le mariage... la filiation... et enfin l'incapacité...

I. - L'acquisition et l'extinction de la personnalité juridique. - La personnalité juridique se définissant comme l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations et étant ainsi à la base de toute l'activité juridique des personnes physiques et des personnes morales, la réglementation de ses conditions d'acquisition et d'extinction ne peut donc, à l'évidence, être que l'œuvre de la loi et n'être établie qu'en considération des intérêts de la collectivité...

II. - Les moyens d'individualisation des personnes. - Dans nos sociétés modernes, il est indispensable que chaque personne, physique ou morale, puisse être distinguée des autres. Pour cela ont donc été institués divers moyens d'individualisation (qu'il convient de définir comme des "signes" juridiques servant à identifier une personne) dont la réglementation, en raison même de leur finalité, ne peut bien évidemment être que l'œuvre de la loi et n'être établie qu'en considération

des intérêts de la collectivité. Les principaux d'entre eux - pour se limiter aux moyens d'individualisation des personnes physiques - sont : le nom patronymique, qui sert à désigner la personne physique... le domicile, qui sert à la situer... les actes de l'état civil, qui servent à consigner les principaux traits de son état juridique...

III. - Le mariage. - Que le consentement des époux soit capital dans le mariage - l'article 146 C. Civ. le souligne assez - ne s'oppose nullement à ce que le mariage doive être analysé comme une situation juridique objective. Le mariage ne peut en effet produire que les effets déterminés par la loi et ces effets sont des devoirs (devoir de fidélité, par ex.) ou des obligations (par ex., obligation de contribution aux charges du mariage) plutôt que des droits. En outre, le mariage, à la différence des contrats ordinaires, ne peut être dissous que par une décision de justice, et c'est bien un des caractères les plus typiques de la situation objective que de ne pas permettre aux intéressés de s'y soustraire eux-mêmes !

IV. - La filiation. - Celle-ci est aussi une situation objective, car le rapport de filiation, légitime, naturelle ou adoptive, est établi par la loi sur la base d'un certain état de fait, lui aussi légalement déterminé. Dans certains cas, certes, le législateur admet bien la possibilité pour l'enfant d'une action en justice ayant pour fin la recherche ou la contestation de la maternité ou de la paternité. Mais, précisément, ce que la loi admet alors c'est, non pas un droit, mais une action en justice. En effet, il n'est pas question, en une telle matière, d'un droit de l'enfant à la recherche ou à la contestation de la filiation, mais seulement de la concession, sous certaines conditions légalement déterminées, d'une action en justice !

Que la filiation soit une situation objective apparaît encore à ce que c'est la loi qui, comme dans le mariage, en détermine directement les effets. Effectivement, la filiation donne naissance à un ensemble de pouvoirs (pouvoirs de l'autorité parentale, par ex.) et de devoirs (devoir d'éducation et d'entretien pour les parents ; devoir d'obéissance et de respect pour les enfants), ensemble de pouvoirs et de devoirs bien caractéristique des situations objectives où prévalent les charges...

Que la filiation soit une situation objective apparaît enfin à ce que les intéressés ne peuvent s'y soustraire par acte volontaire. Cette impossibilité d'une renonciation, d'un désistement, par acte volontaire, s'applique non seulement à la filiation par le sang, mais encore à la filiation adoptive, laquelle cependant n'existe qu'en vertu d'un acte de volonté, à la manière du mariage, mais ne peut, pas plus que lui, disparaître par un acte de volonté contraire, mais seulement par une procédure judiciaire de révocation d'adoption...

V. - L'incapacité. - Celle-ci constitue une situation juridique particulière organisée par la loi en vue de la sauvegarde de personnes qui ne sont pas aptes à gérer leurs intérêts. La situation d'incapable a été définie par le législateur sur la base de certains états de fait : par exemple l'âge (la minorité), l'état mental (aliéné, prodigue, etc.)... Elle engendre un certain nombre de conséquences juridiques, notamment l'impossibilité pour l'incapable de faire, ou de faire seul, certains actes juridiques, et dans le cas où des actes de cette sorte auraient été tout de même passés, la concession d'une action en nullité pour les réduire à néant. En considération de tout cela, il est clair que l'incapacité doit être rangée dans la catégorie des situations objectives, puisqu'on le voit la création de la situation d'incapable, comme d'ailleurs la fin de l'incapacité, est l'œuvre de la loi, et que les effets juridiques de l'incapacité sont également déterminés par la loi en considération du bien commun...

Récapitulation et perspectives. - Au terme de cette brève présentation, on doit essentiellement retenir ceci...

1. - Une situation objective se reconnaît à ce que les règles y ont pour but de régir les relations du groupe social considéré en lui-même, règles qui sont sources de prérogatives et de charges d'ordre patrimonial (c'est-à-dire évaluables en argent) ou d'ordre moral (c'est-à-dire inévaluables en argent). Ainsi apparaît-il que ces situations n'ont été créées par la loi qu'en vue de satisfaire à certaines exigences de ce qui est considéré par le groupe social comme l'ordre public. Cette finalité permet de comprendre deux des caractéristiques fondamentales des situations objectives : d'une part, que les prérogatives qui y sont accordées doivent être exercées par leurs titulaires, et si ceux-ci ne le font pas qu'ils puissent y être judiciairement contraints ; d'autre part, que les titulaires desdites prérogatives ne puissent se soustraire à la situation en cause...

2. - Les situations objectives font ainsi peser sur les personnes des devoirs et/ou des obligations qui apparaissent plus comme des charges que comme des avantages. Mais comme pour l'ordre juridique, il n'est à ce point de vue que deux soucis majeurs, établir des institutions définissant les relations sociales et redresser les faits contraires à l'ordre public, il en résulte deux catégories fondamentales de situations objectives : celles dans lesquelles il procède par voie d'institution et que l'on peut donc appeler "institutionnelles" ; celles dans lesquelles il procède par voie de réaction, et que l'on peut appeler "réactionnelles".

Les situations institutionnelles ne se rencontrent guère que dans la matière de l'état des personnes et de l'organisation de la famille. Tel est le cas des modes d'acquisition et d'extinction de la personnalité juridique et des actions en justice qui y gravitent autour... Tel est le cas des moyens d'individualisation de la personne et des actions en justice qui en garantissent le bon fonctionnement... Tel est encore le cas du mariage et des actions en divorce qui en sont l'inévitable complément... Tel est encore le cas de la filiation et des nombreuses actions en justice qui en constituent le contentieux... Et la même observation peut encore être faite pour l'autorité parentale, les incapacités...

Les situations réactionnelles, à la différence des précédentes, ne sont pas des situations établies à l'avance, en ce sens que l'ordre juridique se contente de prévoir des actions en justice permettant de réagir à l'encontre d'actes ou d'agissements des particuliers. En effet, dans les situations de cette sorte, il s'agit toujours d'une réaction de l'ordre juridique pour redresser une situation résultant, soit de la violation d'un devoir (tel est le cas des actions en responsabilité délictuelle qui ne sont pas fondées sur une situation établie à l'avance, mais sur la violation d'un devoir général : le devoir de ne pas porter d'atteinte injuste, illicite, à la personne ou aux biens d'autrui), soit de la non-observation des conditions de validité posées par la loi à la formation d'un acte juridique (tel est le cas des actions en nullité, qui ne sont pas fondées sur la violation d'un droit établi à l'avance, mais sur la violation d'un devoir général : le devoir d'observer les conditions légales de l'acte que l'on passe).

B - Les situations juridiques subjectives

Ici encore, après avoir précisé ce qu'il faut entendre par là (a), nous en donnerons une illustration (b), laquelle sera également faite à partir d'exemples choisis dans le programme de droit civil de 1ère Année.

a) La notion de "situation juridique subjective"

Comme le terme "subjectif" le suggère, il s'agit d'une situation qui, dans une société déterminée, a pour objet les membres du groupe, et non point le groupe lui-même. Ainsi, par exemple, les règles prévues aux articles 544 et s. C. Civ., qui sont relatives au droit de propriété afférent aux choses matérielles. Autrement dit, ce qui caractérise une situation juridique subjective, c'est qu'on y trouve une réglementation élaborée en considération des intérêts ou des valeurs des membres du groupe, intérêts ou valeurs qui, étant afférents aux sujets de droit eux-mêmes, sont par cela subjectifs ("subjectivus" signifiant en latin "qui se rapporte au sujet"). Soulignons, au passage, qu'il s'agit plus ici des intérêts des personnes ("personna" désignant en latin "le masque des acteurs" et "per-sonare" signifiant quant à lui "résonner au-travers" !) que les intérêts des individus, c'est-à-dire des êtres considérés chacun comme une unité distincte et qui ne peut être divisée sans être détruite ("individuus" signifiant en latin "indivisible"). En effet le droit, ne pouvant par essence saisir l'être humain que de manière abstraite, ne prend en considération que la personne. D'ailleurs si la personne se définit juridiquement comme l'individu, il s'agit de l'individu considéré comme sujet de droit !

Il en résulte, tout à fait logiquement, que les situations juridiques subjectives sont des situations dans lesquelles sont institués des droits plutôt que des devoirs, dans lesquelles prévaut en d'autres termes l'idée d'avantage, moral ou pécuniaire. Ce qui explique que les situations juridiques subjectives soient habituellement désignées par une autre expression, qui est un synonyme : les droits subjectifs. Et c'est parce que les avantages y prévalent que les intéressés - autre trait caractéristique des situations juridiques subjectives - peuvent les organiser librement et s'y soustraire... Que l'avantage disparaisse en effet, et l'intéressé pourra, soit ne pas user de son droit, soit les transmettre, soit même y renoncer... Ainsi est-il clair que les situations subjectives sont autant de systèmes de pouvoirs et de droits créés en vue de laisser jouer l'initiative privée (ce qui explique qu'elles soient particulièrement nombreuses en droit civil, et plus largement en droit privé)...

b) Illustration de la notion de "situation juridique subjective"

Comme nous venons de le voir, les situations juridiques subjectives ont la figure de situations dans lesquelles les pouvoirs accordés par la loi aux personnes le sont en vue de leur permettre de poursuivre des fins personnelles. Or, comme les pouvoirs de cette sorte ne peuvent porter que sur d'autres personnes ou sur des choses - sur quoi d'autre pourraient-ils en effet s'exercer ? - il n'est en fin de compte que deux grandes catégories de situations subjectives, de droits subjectifs (rappelons que ces expressions sont synonymes). Mais pour ne pas rompre avec la tradition, qui suit l'ordre d'apparition historique, nous présenterons les droits subjectifs en examinant successivement : tout d'abord, les droits de créance et les droits réels, dont l'admission remonte au droit romain... ensuite ces droits subjectifs nouveaux que sont les droits de propriété intellectuelle et les droits de la personnalité, dont la consécration n'apparaît pas avant la Révolution Française pour les premiers et la fin du XIXème siècle pour les seconds...

I.- Les droits de créance. - Les termes "droit de créance" désignent le droit qu'a une personne vis-à-vis d'une autre, et plus précisément le droit qu'a une personne (le titulaire du droit de créance, dit couramment le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation consistant à faire, ne pas faire ou donner (entendre là transmettre) quelque chose... Ce droit prend naissance au moment de la

conclusion entre les deux personnes d'un contrat. Et la prestation étant susceptible d'évaluation pécuniaire, ce droit doit être rangé dans la catégorie des droits patrimoniaux.

Il est traditionnel de souligner que la créance est la situation subjective type. En effet, en raison de la liberté contractuelle et du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats, les personnes peuvent créer de très nombreuses situations juridiques correspondant, autant que faire se peut, à leurs désirs. En outre, en raison de la variété des avantages qui peuvent être obtenus et de la multiplicité des combinaisons auxquelles les relations contractuelles peuvent donner lieu, on peut dire que la créance permet la naissance de droits subjectifs en quantité illimitée...

II.- Les droits réels. - Les termes "droit réel" désignent le droit qu'a une personne vis-à-vis d'une chose matérielle (du latin "res", qui signifie "chose"), et plus précisément le droit qu'a une personne (le titulaire du droit réel) d'user d'une manière plus ou moins étendue, selon l'ampleur de son droit, d'une chose matérielle. Alors que les droits de créance permettent aux personnes d'obtenir des services d'autres personnes, les droits réels permettent donc aux personnes de s'assurer l'usage et la jouissance de choses matérielles (on dit également "biens", mais le terme est ambigu). Portant sur des choses matérielles, toujours susceptibles d'évaluation pécuniaire, ces droits font, eux aussi, partie des droits patrimoniaux.

Dans la catégorie des droits réels, le pouvoir des personnes de créer des droits subjectifs est moins étendu que dans la catégorie des droits de créance, car c'est la loi qui détermine les types de droits réels admissibles. Ils ne sont en effet qu'en nombre restreint parce que, historiquement, c'est par la naissance de droits réels que le système féodal fut engendré et que la loi moderne a voulu détruire toutes les structures de ce régime. Mais on aurait tort de croire que la loi actuelle ait été peu soucieuse des besoins des personnes puisque celle-ci reconnaît malgré tout un assez grand nombre de droits réels : la propriété, la co-propriété, la nue-propriété, l'usufruit, certaines servitudes, le gage, l'hypothèque et quelques autres droits moins importants... Il faut à ce propos souligner que bien que les effets des droits réels soient déterminés par la loi et qu'ils ne dépendent donc pas de la volonté des particuliers, ceci n'entame en rien le fait que les droits réels soient pour les particuliers des avantages. Et c'est tellement vrai que, si l'avantage disparaît, les particuliers peuvent toujours céder leurs droits réels, ou même y renoncer...

III. - Les droits dits de "propriété intellectuelle". - Les termes de propriété intellectuelle désignent l'ensemble de ces droits nouveaux qui ont été engendrés par la société moderne et auxquels a été globalement donné, selon ce sur quoi ils portent, soit le nom de propriété industrielle (ainsi les droits d'exploitation qui résultent des brevets d'invention, ou encore les droits sur les marques de fabrique ou de commerce, pour ne citer que les plus connus), soit le nom de propriété artistique, littéraire et musicale, dite encore droit d'auteur (ainsi les droits de reproduction et de représentation d'une œuvre de l'esprit, au sens qu'a ce terme en droit d'auteur). Ces droits, qui sont tous des droits subjectifs patrimoniaux puisqu'ils sont tous susceptibles d'évaluation pécuniaire, ressemblent beaucoup aux droits réels en ce qu'ils portent sur une chose et qu'ils confèrent à leur titulaire une exclusivité sur cette chose. Mais ils en diffèrent sur un point essentiel : la chose sur laquelle ils portent est, non une chose matérielle, mais une chose immatérielle (soit une invention ou une marque, pour ce qui est de la propriété industrielle ; soit une création de formes, pour ce qui est de la propriété artistique, littéraire et musicale).

Le fait que le régime des droits dits de propriété intellectuelle soit un régime déterminé par la loi, que leur contenu et leurs modalités d'exercice soient également

déterminés par la loi, ne modifie pas leur nature de situations subjectives, de droits subjectifs, car ils n'ont été créés par la loi que pour l'avantage de leurs titulaires. On s'en aperçoit bien d'ailleurs à la grande quantité de prétentions des particuliers au bénéfice de tels droits qu'on est obligé d'écarter comme non fondées. Preuve s'il en est de l'intérêt que les particuliers attachent à l'appropriation de ces droits... Ce qui se comprend parfaitement d'ailleurs, car ces droits constituent de véritables valeurs incorporelles qui peuvent être cédées ou transmises comme la propriété d'une chose matérielle (ce qui explique, mais ne justifie pas, que ces droits soient qualifiés de droits de "propriété" intellectuelle).

IV.- Les droits de la personnalité. - Par cette expression sont désignés des droits subjectifs dont la consécration est plus tardive que celle des droits de propriété intellectuelle puisqu'elle est seulement contemporaine... Et ceci s'explique par le fait que ces droits subjectifs, à la différence de ceux présentés jusqu'à présent, ont pour but de protéger des intérêts moraux, et non pécuniaires. Bien que la doctrine moderne soit divisée sur la question de la détermination des droits de la personnalité (c'est là le problème de la distinction des vrais et des faux droits de la personnalité), ainsi d'ailleurs que sur la question de l'opportunité de reconnaître des droits de la personnalité (c'est là le problème de savoir si la responsabilité délictuelle n'était pas suffisante pour assurer la protection de ces intérêts moraux), on ne peut écarter que le législateur en a consacré certains. Ceci dit, on peut présenter les droits de la personnalité en distinguant ceux qui protègent des intérêts moraux communs à toutes les personnes physiques (ainsi, par exemple, le droit au nom issu d'une construction élaborée à partir de quelques allusions éparses dans le Code Napoléon ; ainsi encore le droit au respect de la vie privée, consacré par la loi en 1970 seulement) et ceux qui protègent des intérêts moraux propres à certaines personnes physiques (ainsi, par exemple, les droits moraux de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, consacrés par la loi en 1957 ; ainsi encore les droits moraux de l'interprète d'une œuvre artistique, littéraire et musicale, qui ne furent consacrés par la loi qu'en 1985 !).

En faveur de l'idée que les droits de la personnalité sont bien des situations subjectives, des droits subjectifs véritables, on peut faire valoir qu'ils n'ont été créés (la remarque ne vaut, honnêtement, que pour certains) qu'en vue de l'avantage des particuliers, plus précisément qu'en vue d'accroître leur champ d'action. En outre, il faut souligner que si ces droits sont intransmissibles du vivant de leur titulaire, et ce à la différence des droits subjectifs patrimoniaux, cette indisponibilité ne s'explique que par le seul souci d'augmenter l'avantage qu'ils constituent puisque cette indisponibilité n'a été instituée que pour protéger les personnes contre leur propre ignorance ou leur propre faiblesse face à un interlocuteur plus averti et plus puissant...

Récapitulation et perspectives. - Au terme de cette brève présentation, on doit essentiellement se souvenir de ceci...

1. - Par situation subjective, on entend une situation dans laquelle l'ordre juridique accorde aux personnes de véritables droits, car les prérogatives qui leur sont conférées le sont en vue de la protection de leurs intérêts personnels, qu'ils soient d'ordre patrimonial ou d'ordre moral. Ainsi apparaît-il que ces prérogatives - dites droits subjectifs - n'ont été créées par la loi que pour l'avantage des particuliers. Cette finalité permet de comprendre l'une des caractéristiques fondamentales des droits subjectifs : que le droit subjectif confère à son titulaire la faculté d'exercer ou

de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire la faculté d'user ou de ne pas user des pouvoirs qu'il tient de son droit.

2. - Les droits subjectifs confèrent aussi à leur titulaire une maîtrise, plus précisément une exclusivité... Comme pour le droit moderne il n'est, dans la nature, que des choses ou des personnes, il en résulte deux catégories essentielles de droits subjectifs : ceux qui permettent à leur titulaire l'utilisation des choses et ceux qui permettent à leur titulaire l'obtention de services. Ce qui conduit à une classification fondée sur la nature du pouvoir conféré par le droit subjectif...

Dans une première catégorie doivent être rangés les droits subjectifs qui confèrent à leur titulaire le pouvoir d'utiliser les choses d'une certaine façon, ce pouvoir d'utilisation portant soit sur des choses matérielles (maison, voiture), soit sur des choses immatérielles (œuvre de l'esprit, invention). C'est dire que doivent figurer dans cette catégorie les droits réels, les droits de propriété intellectuelle et enfin les droits de la personnalité mettant leur titulaire dans une situation comparable à celle du titulaire d'un droit réel.

Dans une seconde catégorie doivent être rangés les droits subjectifs qui confèrent à leur titulaire le pouvoir d'exiger d'une ou plusieurs autres personnes une certaine conduite, ce pouvoir d'exiger se ramenant d'ailleurs au pouvoir d'exiger d'autrui, soit de ne pas faire tel acte, soit de faire tel acte, soit de transmettre un droit. C'est dire que doivent figurer dans cette catégorie les droits de créance et les droits de la personnalité mettant leur titulaire dans une situation analogue à celle d'un créancier...

II. - NOTIONS DE BASE POUR LA PRÉPARATION DES TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CIVIL : LA SANCTION DES SITUATIONS JURIDIQUES DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES

À l'action en justice intentée par le demandeur pour la défense de ses intérêts, ou de ceux dont il a la charge (A), va réagir le défendeur de manière plus ou moins large selon les moyens qu'il va utiliser (B).

A) L'action en justice, demande initiale

De la définition de l'action en justice (a) peuvent être dégagées ses conditions d'exercice (b).

a) Définition générale

À la suite de Paul Roubier, il est possible de présenter l'action en justice en la définissant comme "une prérogative en vertu de laquelle une personne peut poursuivre devant les tribunaux l'affirmation d'une prétention qui, si elle est jugée recevable et bien fondée, aboutira à la sanction d'une situation juridique" (op. cit., p. 299).

b) Conditions d'exercice

De cette définition, il résulte clairement que les conditions d'exercice de l'action en justice, et plus concrètement les conditions de succès, sont la recevabilité et le bien fondé. Ce qu'il convient de préciser...

I. - La recevabilité de l'action en justice. - Qu'une action en justice soit recevable signifie que le demandeur pourra être entendu par les juges et que ceux-ci pourront statuer sur le bien fondé de sa prétention. En d'autres termes, l'action en justice est recevable lorsqu'elle satisfait, non seulement aux règles de procédure, mais également (et surtout au point de vue qui est ici le nôtre) aux règles légales qui sont posées en préalable à l'examen au fond de la prétention en cause. C'est dire que si les conditions de recevabilité ne sont pas remplies, l'examen au fond n'aura pas lieu ! Très diverses, les conditions de recevabilité peuvent néanmoins être regroupées au sein de deux grandes catégories : celles que l'on trouve dans toutes les actions en justice et celles que l'on ne trouve que dans certaines.

1) Conditions de recevabilité générales. - Il s'agit de conditions qui sont imposées à toutes les actions en justice et qui sont donc communes à toutes les actions. Elles sont au nombre de trois...

- La capacité pour agir. - Être capable d'agir, c'est être apte à exercer l'action en justice, c'est être en l'état de l'exercer... La capacité est fixée par la loi en considération de divers éléments tels que l'âge, l'état mental, etc....

- La qualité pour agir. - Avoir la qualité pour agir, c'est avoir un titre pour agir, ou encore pouvoir avancer une habilitation à agir. En effet, d'après la jurisprudence, le demandeur a qualité pour agir lorsqu'il est titulaire du droit subjectif en cause ou, s'il s'agit d'une situation objective, lorsqu'étant concerné par la situation en cause, il en résulte qu'il est de par le fait même habilité à agir, sous réserve bien évidemment que la loi ne lui refuse pas en la matière qualité pour agir, car il est des cas où l'action est réservée à certaines personnes.

- L'intérêt pour agir. - Avoir intérêt à agir, c'est pouvoir faire état d'une amélioration de sa situation juridique (amélioration d'ordre pécuniaire ou d'ordre moral) au cas où la prétention serait reconnue bien fondée. Le bon sens impose cette règle, car les tribunaux ne doivent pas être encombrés d'affaires sans intérêt ou de procès inutiles... D'après la jurisprudence civile, le demandeur a intérêt à agir, dans le cas d'une situation subjective, lorsqu'une atteinte a été portée à un intérêt protégé par un droit subjectif dont il est titulaire, ou, dans le cas d'une situation objective, lorsqu'une atteinte a été portée à l'un quelconque de ses intérêts (intérêt par hypothèse non protégé par un droit subjectif) et que cet intérêt est légitime (soulignons à ce propos que l'expression "intérêt légitime" peut recevoir deux interprétations : l'une large, qui entend par là un intérêt conforme à la morale juridique ; l'autre étroite, qui entend seulement par là un intérêt sérieux, c'est-à-dire dépourvu d'esprit de chicane).

2) Conditions de recevabilité particulières. - Il s'agit de conditions qui ne sont imposées par la loi que pour certaines actions en justice et qui leur sont donc propres. Pour le traitement d'un cas pratique la maîtrise de ces conditions est, plus encore que celle des conditions générales, absolument capitale. Soulignons enfin qu'il en est de trois sortes, lesquelles ne se rencontrent pas nécessairement ensemble...

- Parfois la loi exige des formalités particulières (par exemple, une déclaration au greffe).

- Parfois la loi fixe un délai pour agir plus court que le délai de droit commun, qui est de 30 ans (agir, par exemple, dans les 6 mois à compter de la découverte de tel fait déterminé) et, en ce cas, ledit délai est toujours fixé par une disposition particulière du Code civil. S'il n'en est pas ainsi c'est le délai de droit commun de 30 ans qui s'applique (cf. par exemple, en matière de filiation l'article 311-7 C. civ.).

- Parfois la loi prévoit que l'existence d'un état de fait déterminé s'oppose à ce que l'action soit recevable, c'est-à-dire s'oppose à la recevabilité de l'action (par exemple, l'inconduite notoire ou la débauche de la mère pendant la période légale de conception). C'est dire l'importance toute particulière de cette condition puisque l'action ne sera recevable que si l'état de fait en question n'existe pas !

II. - Le bien fondé de l'action en justice. - Les prétentions bien fondées sont celles qui sont en accord avec les règles juridiques qui régissent la situation subjective ou objective en cause. En d'autres termes, les prétentions bien fondées sont des prétentions juridiques exactes, et c'est pour cela précisément qu'elles sont en définitive retenues...

1) Le bien fondé d'une action sanctionnant un droit subjectif. - Lorsqu'on est titulaire d'un droit subjectif, on a, du fait même qu'on possède un droit de cette sorte, une action en justice qui réalise la garantie de ce qui est ainsi reconnu comme un droit. Ce qui implique, dans tous les cas, que le demandeur fasse la preuve de l'existence de son droit subjectif (ce qui se fait, soit en établissant les faits juridiques qui ont donné naissance au droit subjectif, soit en établissant les actes juridiques en vertu desquels le droit subjectif a été transmis au demandeur).

Cela étant, il faut, pour que l'action sanctionnant le droit subjectif soit déclarée bien fondée, que le demandeur établisse que l'intérêt particulier protégé par son droit subjectif a réellement subi une atteinte. Ainsi, par exemple, en cas d'exercice de l'action en usurpation de nom patronymique, l'action sera déclarée bien fondée si le demandeur établit l'existence d'un risque de confusion entre sa personne et la personne, réelle ou fictive, désignée par le nom usurpé. Plus généralement, et à titre de récapitulation, le bien fondé de l'action sanctionnant un droit subjectif est subordonné à la preuve, par le demandeur, d'une atteinte portée à l'intérêt déterminé protégé par ce droit subjectif puisque le droit subjectif confère toujours à son titulaire un pouvoir déterminé.

2) Le bien fondé de l'action sanctionnant une situation objective. - En ce cas, le contexte est bien différent, car la prétention du demandeur est fondée, non plus sur un droit subjectif comme dans l'hypothèse précédente, mais sur des faits ou sur des actes dont la loi permet de tirer des conséquences juridiques au moyen d'une action en justice, étant souligné que l'action en justice accordée par la loi l'est tantôt pour permettre de réagir contre des faits irréguliers (action en nullité, par ex.), tantôt pour permettre de modifier le statut légal d'une personne (actions en matière de filiation, par ex.). C'est dire que le rôle de l'action est capital puisqu'il n'y a pas de droit antérieur, mais seulement des faits ou des actes : ceux dont la loi permet de tirer des conséquences juridiques par le biais de cette action en justice !

Cela étant souligné, il faut, pour que l'action sanctionnant une situation objective soit jugée bien fondée, que le demandeur établisse l'existence des faits ou des actes (en d'autres termes, des conditions) dont la loi, en ce cas, permet de tirer des conséquences juridiques. Ainsi celui qui entend exercer l'action donnée par la loi en cas de disparition devra établir, pour voir son action déclarée bien fondée, l'existence des faits, des conditions, qui constituent, selon la loi, la disparition... Ainsi encore celui qui entend exercer l'action en divorce pour faute devra établir, pour voir son action déclarée bien fondée, l'existence des conditions auxquelles est subordonnée

cette cause légale de divorce. Plus généralement, et pour orienter la réflexion, il est possible de dire ceci : en cas d'exercice d'une action sanctionnant une situation objective, ce que le demandeur doit prouver, pour que son action soit jugée bien fondée, peut se déduire le plus souvent assez facilement de la finalité de l'action. Soit, par exemple, l'action en désaveu de paternité. Quelle est la finalité de cette action ? C'est établir que le mari de la mère ne peut être le père de l'enfant de celle-ci. Ainsi apparaît-il que le bien fondé de cette action est subordonné à la preuve, par le demandeur (le mari), de sa non-paternité !

B - Les réactions possibles à l'action en justice

Celles-ci sont de deux sortes : il est des réactions de type défensif, mais il est aussi possible de réagir en passant à l'offensive...

a) Les réactions de type défensif

Indépendamment des exceptions de procédure, qui sont des moyens visant simplement à opposer à l'action un obstacle provisoire, il existe essentiellement deux sortes de moyens de défense : les fins de non recevoir et les moyens de défense au fond, qui correspondent d'ailleurs aux deux plans précédemment examinés, la recevabilité et le bien fondé... Mais, dans l'un et l'autre cas, il s'agit toujours de moyens par lesquels un plaideur se défend d'une façon négative, c'est-à-dire en cherchant seulement à faire échouer la demande dirigée contre lui.

I. - Les fins de non recevoir. - Après en avoir donné une définition, il faudra en préciser les traits spécifiques.

1) Définition. - La fin de non recevoir est un moyen de défense par lequel un plaideur (le défendeur), sans même contester ce qui est allégué par son adversaire (le demandeur), s'oppose à la demande de ce dernier en la déclarant irrecevable, soit pour absence d'une condition de recevabilité, générale ou particulière (cf. ci-dessus, la recevabilité), soit pour présence d'une condition d'irrecevabilité, c'est-à-dire pour présence d'une cause spécialement prévue par le législateur en cette matière qui rend l'action irrecevable (cf. ci-dessus, la recevabilité).

2) Traits spécifiques. - De la nature de la fin de non recevoir, qui vise seulement à contester au demandeur la possibilité même de saisir le juge, il résulte que celle-ci ne peut être soulevée qu'en début de litige. Ce qui est tout à fait logique puisque la fin de non recevoir est un obstacle interdisant tout débat sur le fond... D'où il résulte encore, deuxième caractéristique, qu'elle est plus avantageuse que la défense au fond puisqu'elle permet de gagner le procès aussi bien et beaucoup plus vite...

II. - Les moyens de défense au fond. - Après en avoir donné une définition, il faudra pareillement en préciser les traits spécifiques.

1) Définition. - On entend par "défense au fond", le moyen par lequel le défendeur entend établir que la demande de son adversaire est mal fondée en droit parce que, précisément, le droit subjectif de son adversaire, ou la situation objective alléguée par celui-ci, n'existe pas ou n'existe plus ! Ainsi, par exemple, le défendeur

poursuivi en recherche de paternité naturelle soutient que la preuve de cette paternité n'est pas rapportée...

2) Traits spécifiques. - De la nature de la défense au fond, qui s'attaque au fond même du droit en déniant à l'adversaire le bénéfice de la règle juridique qu'il invoque, il résulte tout à fait logiquement que les moyens de défense au fond peuvent être invoqués en tout état de cause, c'est-à-dire en première instance jusqu'à la clôture des débats, en appel également, et même devant la Cour de cassation dans la mesure où ceux-ci ne constituent pas une demande nouvelle, c'est-à-dire une demande tendant à une fin différente de celle soumise aux juges du fond (cf. art. 565 et 619 C. Pr. civ.). De la nature de la défense au fond, il résulte encore, deuxième caractéristique, que ses résultats sont beaucoup plus lents que ceux de la fin de non recevoir. Ce qui est naturel, car elle implique un débat sur le fond !

b) La réaction de type offensif

Dans un procès, le défendeur peut passer à la contre-attaque en formant à son tour une demande dite reconventionnelle.

Aux termes de l'article 64 C. Pr. civ., la demande reconventionnelle est en effet une demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire. Et plus précisément, elle a pour but, soit d'atténuer la condamnation qui menace le défendeur, soit même de faire prononcer une condamnation contre le demandeur originaire.

La demande reconventionnelle doit se rattacher aux prétentions du demandeur initial par un lien suffisant... Autrement dit, sa recevabilité est subordonnée à l'existence d'un lien de connexité avec la demande initiale. Ajoutons que dans la mesure où elle est légalement possible, elle peut être introduite en tout état de cause, et même pour la première fois en appel !

R.R.J. 1993-1
Pages 271 à 288

- VII -

VARIÉTÉS

LE LOBBYING : UN MANAGEMENT EN CONSTANTE ÉVOLUTION

Par

Frank J. FARNEL
Consultant

Le lobbying est la démarche qui consiste, de la part des entreprises, à intervenir, directement ou indirectement, pour influencer certaines décisions ou procédures des pouvoirs publics.

La plupart des spécialistes en management économique s'accordent à reconnaître cette définition de base.

Dans les systèmes démocratiques, il appartient à l'État, en théorie, de recenser et d'ériger en lois les aspirations et les besoins des citoyens réunis en groupes d'intérêts qui composent la population d'un pays.

Dans la pratique, on s'aperçoit bien souvent que les partis politiques au pouvoir s'avèrent défaillants dans l'art de gérer la multiplicité dynamique des nombreux groupes sociaux et professionnels, tant à cause de la divergence de certains antagonismes économiques que de leur extrême mobilité.

Pour cette raison, des groupes de pression se sont progressivement mis en place pour servir d'interprètes entre les entreprises et les représentants de l'État et ce, afin d'établir un dialogue constructif entre les deux partenaires, au même titre qu'il existe des médiations de ce genre entre d'autres organisations, privées ou corporatistes, entre les citoyens et le pouvoir, chargé de les représenter en se mettant à leur écoute.

Groupes de pression et lobbying ont diversement été jugés depuis leur normalisation aux États-Unis, dès la fin du siècle dernier.

On a longtemps considéré en Europe l'association de groupes d'intérêts comme une atteinte, tant à la suprématie de l'État qu'à celle des citoyens, voire une menace à l'unité de la nation et au droit commun. Pendant de trop longues décennies, les européens ont véhiculés une mauvaise opinion dans l'ensemble de la société, vis-à-vis de telles manœuvres de médiation politique.

Les américains, en revanche, voient dans la défense et la promotion d'intérêts communs, économiques, sociaux ou culturels, par l'entremise des groupes de pression, une garantie de participation à la vie publique d'une démocratie. Perçu comme un moyen de légitime influence dans les décisions politiques, le lobbying américain, institutionnalisé au début de l'ère industrielle, s'est considérablement développé depuis, jouant le rôle de pionnier et d'instigateur auprès d'autres pays qui ont suivi cette voie.

Les stratégies et tactiques de lobbying dont l'entreprise dispose pour intervenir auprès des pouvoirs publics sont multiples, pragmatiques et évolutives.

L'entreprise peut, selon les nécessités à court ou à long terme, choisir d'utiliser les groupes de pression dont elle fait partie dans son secteur d'activités. Elle peut également recourir à ses propres services organisationnels, ou encore faire appel à des agences spécialisées dans ce type de médiation. Et dans de nombreux cas, le lobbying se pratique par l'action conjuguée de ces trois facteurs.

Dans ce domaine, tous les paramètres probables entrent en ligne de compte : style de gestion et mentalité propre à l'entreprise, secteur de production, environnement politique, social et culturel. Sans oublier la particularité intrinsèque de l'intervention donnée par rapport à la perception qu'en a l'administration que l'on va solliciter, l'importance que lui apporte celle-ci dans son échelle de valeurs et de priorités, de même que la spécificité des compétences qu'elle requiert, si elle est nationale ou internationale, législative ou réglementaire.

Tous ces facteurs vont influer sur la mise en place de la stratégie d'un lobbying, le choix des tactiques et l'identification des cibles qui serviront à atteindre un résultat positif, c'est-à-dire influencer une décision des pouvoirs publics.

Il va sans dire que le lobbying n'est pas, de loin, la seule possibilité relationnelle entre l'entreprise et l'État. Il ne représente que l'une des facettes de la communication entre les deux parties. Et si le terme même de "groupe de pression" a longtemps laissé croire qu'il s'agissait de rapports de force, basés sur des luttes d'influences et des conflits inhérents à ces procédés, il faut souligner, pour bien clarifier le débat, que le lobbying reste dans de nombreux cas, dans les limites beaucoup plus sereines d'une collaboration réciproque, où les deux partenaires concernés s'apportent de part et d'autre la somme d'informations objectives nécessaire à tout dialogue.

On le sait, les dialogues les plus constructifs sont ceux qui durent. Le lobbying n'échappe pas à cette règle bien établie : ses meilleurs résultats s'obtiennent lorsque sa collaboration avec les pouvoirs publics acquiert une permanence qui assoit sa crédibilité, dépassant la simple revendication ponctuelle.

L'élaboration d'une stratégie de lobbying se joue en trois temps.

Il s'agit tout d'abord de poser le fondement du lobbying, d'en dégager la nécessité profonde au sein des politiques publiques, de même que sa légitimité dans l'opinion publique de tout le corps social.

Dans un second temps, il faut se pencher sur les données complexes qui définissent les relations entre l'entreprise et l'État, en dégageant les cas où une stratégie de lobbying a intérêt à être mis en œuvre et en analysant les différents choix de cette stratégie.

Enfin, l'entreprise elle-même se doit de répondre à certaines normes définies avant de s'engager dans une action de lobbying caractérisée par des étapes précises au nombre de cinq.

1 - LE LOBBYING : UNE BASE STRATÉGIQUE

Dans son livre intitulé "Competitive Strategy", l'économiste.M.E. Porter insiste sur le fait que toute stratégie préalable d'entreprise se doit de tenir compte de toutes les aspirations de la société dans laquelle elle s'insère.

C'est pourquoi, dans cet ordre d'idée, une bonne stratégie d'entreprise doit inclure le lobbying dans son plan, en lui donnant la même importance qu'à sa production, son marketing, son budget et toutes ses autres fonctions. Et ce, pour la bonne raison, que le lobbying fait partie intégrante de l'environnement de l'entreprise, environnement décliné par la somme d'un faisceau de composantes, les "stakeholders".

En principe, les politiques publiques sont à la fois le résultat et le catalyseur de toutes les aspirations sociales d'une nation. Elles représentent par conséquent une mine d'informations stratégiques de tous ordres pour les entreprises, car elles dégagent, en cas de conflits sociaux, des contraintes morales et des divergences économiques, ce qui semble constituer aux yeux du législateur, la volonté commune dans la manière même dont il tente de les résoudre.
L'entreprise peut tirer de l'observation des lois et des procédures, des tas de conclusions. Opportunités nouvelles, changements d'orientations, faits de sociétés érigés en règle, concourent à la renseigner sur l'évolution collective et vont lui permettre de réajuster sa propre politique opérationnelle et financière. On peut affirmer qu'aujourd'hui la "température" politique fait partie du management global de l'entreprise : elle lui permet de s'ajuster de plus près aux réalités et aussi d'anticiper sur les tendances des lois et les possibilités qu'elles peuvent offrir à sa productivité.

Cela ne signifie pas, toutefois que le lobbying soit toujours justifié. Une action trop brutale, entreprise sans recul et sans analyse risque parfois d'obtenir l'effet contraire à celui escompté. Surtout lorsque la légitimité du lobbying se trouve remise en cause par les représentants de l'État, aussi bien que par l'opinion publique, miroir de la société civile. Une raison supplémentaire pour établir un examen socio-politique approfondi avant tout initiative et plan d'action.

L'image publique du lobbying est étroitement liée à la conception de la démocratie et des valeurs morales des sociétés. Elle dépend aussi de la propre image de milieux d'affaires dont émane cette activité. Voilà pourquoi le lobbying a pu être associé, à certaines occasions, à des tentatives plus ou moins légitimes, pour peser sur les décisions de l'État en vue de sauvegarder des intérêts particuliers.

Une idéologie implicite a également longtemps véhiculé l'idée que l'État se devait de planer au-dessus des considérations corporatistes de l'entreprise privée.

Ce dernier élément est peut-être l'un des plus enracinés dans les mentalités et n'a certes pas contribué à donner toute sa crédibilité éthique au lobbying.

Cependant, on assiste depuis quelques temps à un renversement de tendances, qui rend plus aisé la circulation des informations de part et d'autre de ces deux pôles complémentaires que sont les pouvoirs publics et les entreprises privées. Aujourd'hui, on a remis en cause le rôle de l'État et le bien-fondé de certaines de ses décisions. L'Europe est en pleine élaboration et, de façon générale, la production économique est devenue une affaire mondiale qui implique les entreprises et les États, intimement mêlés dans le challenge de la compétitivité et de l'efficacité. L'entreprise a retrouvé ses lettres de noblesse et loin de la considérer comme une empêcheuse de tourner en rond, les peuples du monde lui reconnaissent son importance et la voix au chapitre.

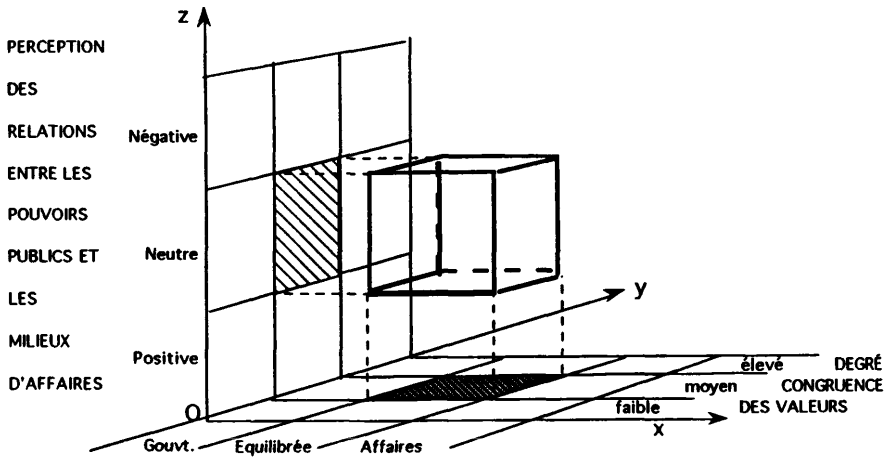
En ce qui concerne l'organisation étatique, elle évolue elle aussi de son côté : des structures bureaucratiques allégées, une plus grande spécialisation dans les tâches des responsables lui confèrent une mobilité plus importante et une technicité plus efficace.

Les économistes suivent de près cette situation nouvelle qui permet de dégager certaines grandes lignes (1) à la lumière de trois éléments schématisés ci-dessous. Les congruences ou conflits qui existent entre les valeurs prônées et défendues par le milieu des affaires d'une part et celles qui le sont par les pouvoirs publics d'autre part, et la répartition du pouvoir et la capacité respective de chacune des deux parties d'influencer l'autre est représenté par la superficie hachurée du plan

(1) Voir le schéma de V.V. Murray in "Theory of Busines-Government Relations" - Trans-Canada Press oronto - 1985.

Ox.Oy. Enfin, l'impact de ces relations par l'ensemble du corps social est illustré par la superficie hachurée du plan Oy.Oz, et est considéré comme étant neutre. Ainsi, le succès d'une stratégie de lobbying dépendra de ces trois paramètres et, en dernière analyse, du résultat de leur combinaison illustré, cette fois, par la figure cubique insérée dans l'espace à trois dimensions Ox.Oy.Oz (2).

LES DETERMINANTS DES RELATIONS
GOUVERNEMENTALES ET LEURS FACTEURS DE LEGITIMITE



Beaucoup d'atouts entrent en lice dans l'harmonisation du lobbying et tout d'abord la qualité de la communication entre le secteur public et le secteur privé, leur communauté de vues, leur complémentarité, ou au contraire leurs divergences.

Cette communication réside entre les mains des différents acteurs du dialogue et elle dépend, quant à elle, des compétences respectives et du pouvoir réel dont ils sont investis et qui déterminent la qualité des décisions, leur fluidité et leur impact. Enfin, le dernier et non le moindre de ces atouts, est celui de la perception globale de la légitimité ou de l'inutilité de cette sorte de dialogue dans l'opinion publique.

2 - ANALYSE PONCTUELLE DU LOBBYING

Le lobbying s'insère dans une politique de relations globales entre l'entreprise et l'État. Il sera donc directement issu du style de ces relations.

Si l'analyse de base permet de déterminer les grandes lignes d'une stratégie de lobbying à partir de cette donnée, elle ne peut en aucun cas occulter l'essentiel : l'étude pratique du service public, aussi bien au niveau de ses décisions que des procédures qu'elle utilise.

(2) "Le lobbying : stratégies et techniques d'intervention" - Frank J. Farnel & Patrick C. Robert - Humanisme & Entreprises - 1993.

C'est pourquoi les managers impliqués dans la mise en place d'un processus de lobbying doivent ajuster leur comportement sur cette connaissance pratique.

Connaître une administration, l'expérience est là pour le prouver, c'est bien souvent accepter que seul l'empirisme y ait force de loi. Les administrations se ressemblent rarement entre elles, dans leur fonctionnement, leur hiérarchie et leurs centres de pouvoirs. Sur le plan européen, leur complexité évolutive est encore accrue par une démultiplication des centres décisionnaires. Celui du pays lui-même s'ajoute à celui de Bruxelles et de Strasbourg.

Une stratégie de lobbying repose avant tout sur la force de persuasion de ses managers. À eux de convaincre, en faisant passer leurs convictions.

À ce stade, on peut définir certains procédés positifs, comme la faculté de se placer d'emblée dans une optique d'intérêt public dans l'argumentation, et faire preuve de réalisme politique.

Ce dernier comportement vise à savoir reconnaître la légitimité d'une telle procédure politique, même si celle-ci ne va pas dans le sens de l'entreprise qu'on représente. Il ne s'agit pas là de faire montre d'une diplomatie hypocrite mais de pouvoir identifier et formuler tous les paramètres d'une situation donnée afin d'asseoir sa propre crédibilité et de poser les premières pierres d'une discussion ouverte.

Car on le sait, une attitude contraire - le fait de rester figé dans des positions annoncées comme immuables - aura pour effet pervers une détermination décuplée chez l'interlocuteur du secteur public.

L'intégrité est capitale dans ces relations : plus les informations apportées dans le débat seront rigoureuses, claires et honnêtes, plus le consensus aura de chance de se réaliser.

On peut, par exemple, apporter à la connaissance des services publics, une étude de l'impact sur l'entreprise d'une loi envisagée pour faciliter la présentation et la connaissance de cette même entreprise auprès des interlocuteurs.

Collaborer, coopérer, chercher ensemble des aménagements, des améliorations et des solutions. Voilà les mots-clés de l'analyse préalable du terrain politique, qui dans cette optique, n'est plus considéré comme un adversaire conflictuel mais le partenaire d'un problème à résoudre.

Nous l'avons vu, le caractère du lobbying découle en ligne directe de la qualité des relations entre la direction de l'entreprise et les pouvoirs publics. Si l'importance économique de l'entreprise est directement proportionnelle avec son impact auprès des représentants de l'État, il ne faut pas minimiser pour autant l'apport considérable, dans l'efficacité de conviction, de l'expérience et de la connaissance du terrain public, avec ses processus socio-politiques, ses constantes et surtout ses variantes.

Après l'analyse de tous ces paramètres, on peut dégager trois possibilités de position pour l'entreprise face aux pouvoirs publics :

Position passive, dans laquelle elle se cantonne dans l'observation des décisions, réservant sa réaction au moment des décisions gouvernementales.

Position active, où l'entreprise cherche à modifier les initiatives publiques dans le sens de son intérêt propre, selon un programme bien défini.

Position d'anticipation, où l'entreprise se propose d'identifier les décisions politiques pour être plus apte à en minimiser les inconvénients et en maximiser les avantages, en ne tentant pas toutefois d'influer sur leur élaboration.

Depuis la fin des années quarante, les experts se sont penchés sur le rapport entre le secteur privé et les pouvoirs publics pour en cerner les constantes, dégageant quatre détections principales du processus.

La première des possibilités relationnelles a été appelée "*Mutual accomodation*" par les observateurs américains et canadiens.

Cette *coopération* vise à établir le fameux "contrat social" en proposant une répartition des tâches et des responsabilités respectives entre les deux parties intéressées, entreprise et dirigeants politiques. La finalité de cette perspective mutualiste tend vers une maximisation de la production et de la croissance économique dans une plus grande concorde sociale.

On assiste, dans ce cas, à un partage des rôles. Le pouvoir public se charge de définir le projet social et les stratégies globales inhérentes, au secteur privé incombe la réalisation pratique.

Il est évident que la réussite du contrat social est liée au consensus entre les deux interlocuteurs, consensus qui suppose la plus large entente et la connaissance approfondie du terrain chez les deux partenaires. On ne peut pas y recourir, notamment dans des situations où l'efficacité de l'intervention étatique est remise en cause par les entreprises.

La seconde option, est celle du *coup par coup*. L'entreprise décide de discuter avec l'État à partir d'un cas donné, loi, procédure, décision. Cette intervention intervient lorsque sa propre analyse va à l'encontre de celle du législateur par rapport à sa conception de l'intérêt général.

L'approche du coup par coup, appelée "*ad hoc*", sous-entend un examen sans faille du contexte socio-politique qui seul, pourra lui assurer une crédibilité suffisante.

Le coup par coup suppose en effet une possibilité d'anticipation dans l'analyse et une réaction rapide, sorte de réflexe dont la gymnastique requiert le don de capter tous les paramètres d'une situation donnée, sans oublier l'identification des véritables responsables à qui s'adresser et les arguments à leur fournir.

Les interventions ad hoc, en terme de lobbying, sont généralement menées par des associations professionnelles du secteur d'activité concerné, plus à même de saisir avec une vision collective les données de la question.

Car la mission des associations est précisément de se maintenir en contact constant avec l'État, ce qui leur permet d'être au courant des intentions et des projets gouvernementaux.

En troisième lieu, vient *l'action politique directe*. Plus populaire en Amérique du nord que dans les pays européens, elle repose sur le principe de l'inter-activité.

Puisque le secteur privé reconnaît à l'État le droit légitime d'intervenir dans le fonctionnement des entreprises par le biais des lois du marché, les dirigeants du privé ont également, en retour, la possibilité de participer activement aux décisions politiques.

Cette attitude débouche souvent, outre-Atlantique, sur l'engagement personnel de certains dirigeants dans le système politique et les gouvernements où ils deviennent alors la voix du monde des affaires.

L'Action politique indirecte, quatrième des options d'intervention du lobbying, se joue avec l'entrée en scène des groupes de pression et de la "Vox populi".

Cette stratégie "de masse" s'organise autour de la coalition entre les entreprises concernées par le refus ou la défense de telle mesure, accompagnée de campagnes d'opinion et de sensibilisation, avec le renfort des instituts de sondages, des sociétés de relations publiques, des médias, etc..

Les moyens nécessaires à l'action politique indirecte suggèrent une puissance de structure plus appropriée à de grandes entreprises, qui doivent en outre jouir d'une forte popularité et de l'accord de la majorité au sein de l'opinion publique.

3 - PHASE D'UNE STRATÉGIE DE LOBBYING

Comme nous l'avons déjà souligné, il y a cinq grandes étapes qui établissent une opération de lobbying et qui peuvent ainsi être résumées :

1° Définir les objectifs de l'entreprise.
2° Sélectionner les questions qui feront l'objet d'une surveillance, d'une analyse et d'une intervention de l'entreprise
3° Identifier les cibles que l'entreprise entend influencer
à l'intérieur de l'appareil gouvernemental,
à l'extérieur de l'appareil gouvernemental,
et le moment approprié pour intervenir.
4° Sélectionner les techniques de lobbying à utiliser :
lobbying direct,
lobbying indirect.
5° Mise en œuvre, monitoring, évaluation.

1 - Identification des objectifs

Ces objectifs sont évidemment à déterminer en fonction de l'identité de l'entreprise qui entreprend une stratégie de lobbying. Ils dépendent de sa production, de son importance, etc.

On peut définir trois types d'objectifs :

A) L'entreprise cherche à réduire le coût que va entraîner pour elle une loi incontournable (par exemple : une intervention d'ordre général ayant trait à l'écologie (3)).

B) L'entreprise cherche le moyen de profiter des avantages d'une décision gouvernementale ou bien à minimiser ses retombées (par exemple : quotas d'exportation, tarifs douaniers, subventions, réaménagements de financements, etc.).

C) L'entreprise veut intervenir pour mettre en cause une mesure qui lui est défavorable (par exemple : réglementaire ou fiscale), soit dans le but d'obtenir que l'État l'abroge, soit qu'il accepte de ne pas intervenir.

D) L'entreprise planifie sa participation à la préparation d'actions étatiques, sectorielles ou générales.

2 - Sélection des questions relevant d'un lobbying

Cette phase correspond à l'analyse attentive de l'environnement social et politique, semblable à l'observation que peut faire l'entreprise du développement technologique.

Cette observation permet de mettre à jour le faisceau de questions d'intérêt économique public, politique, pouvant jouer un rôle dans le fonctionnement interne de l'organisation et d'établir, après examen, une hiérarchie des priorités d'action.

(3) "Le lobbying : outil stratégique de la communication environnementale" Frank J. Farnel - in "L'industrie au vert" - Éditions l'Approche - 1992.

3 - Sélection des cibles et du moment opportun

L'efficacité de l'intervention d'un lobbying dépend avant tout de la sélection de ceux qui prennent réellement les décisions dans les pouvoirs publics, d'où l'importance de cette phase.

Les cibles peuvent être multiples : tantôt à l'intérieur du système politique et bureaucratique, tantôt à l'extérieur, si l'on a choisi un mode de lobbying faisant appel à l'opinion publique, aux agents spécialisés, etc.

Les cibles ne seront pas forcément tous les éléments -personnes et services- impliqués officiellement dans le processus, mais ceux qui exercent le pouvoir véritable, tant psychologique que matériel.

Le profil des cibles change à chaque question donnée, ce qui explique la relativité de toute initiative à les normaliser en établissant des classements a priori inamovibles.

Soulignons en outre que l'impact décisionnel de l'État varie avec les pays. Aux États-Unis, le pouvoir législatif peut intervenir dans le secteur privé et le contrôler dans une large mesure. Ailleurs, comme en France, le Conseil des Ministres possède la presque intégralité du pouvoir exécutif, un pouvoir largement facilité par la législation ou encore renforcé par l'appui des ministères et de la majorité de la fonction publique qui sont souvent nommés par le même Conseil des Ministres. Dans ces cas de figure, l'État charge la bureaucratie de l'application des lois et des décisions et les cibles deviennent, par conséquent, démultipliées.

À ce niveau, ce sont les fonctionnaires supérieurs et intermédiaires qui se voient le plus fréquemment sollicités par le lobbying.

Les instances communautaires sont une particularité encore plus complexe. Axées sur le Parlement Européen, avec ses experts techniques, ses commissaires politiques, et les représentants de tous les États membres, elles permettent au Lobbying d'intervenir sur trois étages : Parlement Européen - États membres - Conseil des Ministres.

Les actions de lobbying doivent alors se différencier selon les interlocuteurs, ne pas se chevaucher dans le temps et trouver des arguments et des porte-parole bien distincts, sous peine de s'enliser.

De façon générale, il apparaît, en regard des expériences passées, que l'intervention du secteur privé se fait trop tard, quand les orientations ou les lois futures se trouvent sur le point d'être entérinées officiellement. Tous les professionnels sont formels : c'est aux prémisses de l'élaboration des mesures que le lobbying a le plus de chance de réussir, car il reposera alors d'avantage sur l'information réciproque, circulant entre les deux partenaires que sur la pression.

Il n'est jamais profitable d'arriver en fin d'élaboration d'une mesure qui a déjà demandé pas mal de réflexion avant de se voir ratifier par un consensus politique, le politique risquant de prendre ombrage de la contestation d'un fait qu'il considère comme acquis à ce moment précis.

Le lobbying "précoce" ne doit pas être entrepris dans une optique de discrétion et de "secret" mais d'anticipation, qui lui permet de s'intégrer dans le processus de création politique. Sans oublier le fait qu'il faut prendre en considération l'image de marque du politique. Un gouvernement qui aura annoncé, à grand renfort médiatique, une nouvelle orientation sera forcément moins enclin à accepter de faire marche arrière pour ne pas déstabiliser sa crédibilité face à l'opinion publique. Par conséquent, le lobbying ne pourra plus négocier que des amendements éventuels à la politique décidée sans lui.

Les cibles doivent être repérées de haut en bas et de bas en haut au sein de la hiérarchie politique, dans l'administration intermédiaire, chez les hauts fonctionnaires, et chez les Ministres.

Le choix des cibles et du moment d'intervention détermine également celui de la tactique de lobbying à utiliser, que ce soit l'action directe ou indirecte.

4 - Tactiques d'intervention

Le tableau ci-joint (4), qui résume les différentes tactiques d'intervention du Lobbying, appelle les commentaires suivants.

Les tactiques de *Lobbying direct* se situent dans les contacts, publics ou privés, de l'entreprise, avec les interlocuteurs-cibles qu'elle a déterminé comme étant les plus aptes à servir ses projets.

Les tactiques de *Lobbying indirect* déclinent toutes les actions de "masse", de même que certains recours légaux.

Les tactiques de *Lobbying financier* et les "méthodes douteuses" parlent d'elles-mêmes, et montrent bien la nécessité tout comme aux États-Unis d'entourer ce métier d'un carcan législatif protecteur pour les pouvoirs publics, les intérêts représentés et les lobbyistes eux-mêmes.

Quant aux coalitions, elles regroupent les associations professionnelles des secteurs concernés, les homologues, les groupes de pression, etc.

LES TACTIQUES DE LOBBYING (5)

LE LOBBYING DIRECT
- *Communications personnelles, présentations, contacts*
  - réunions formelles et informelles
  - présentations formelles, briefing
  - lettres
  - conversations téléphoniques

LE LOBBYING INDIRECT
- *Campagnes de lettres*
  - "initiatives" individuelles
  - "initiatives de tierces parties (groupes de pression)
- *Campagnes de relations publiques*
  - discours, articles, couverture médias, campagne de presse
  - critiques des objectifs recherchés par leader d'opinions
  - marches de protestation, assemblées, mouvements de foule
  - publicité partisane
- *Procédures légales et judiciaires*
  - mise en question de la constitutionnalité de la loi ou du règlement
  - appel de la décision du gouvernement ou d'organismes administratifs

LE LOBBYING "FINANCIER"
- *Contributions aux campagnes politiques (parti, candidats)*
  - contributions financières
  - contributions en nature (services de soutien)

(4) "Media for manager" - Corrado F. - Prentice Hall, Englewoods Cliffs, N.J., 1984, pp. 92 et s. (Voir également à ce sujet : "Conflict PR' in the formation of public opinion" - Public Relation Quaterly, 1983, Vol. 1983, Spring, pp. 28-31).
(5) Adapté de Corrado.

Contributions frauduleuses
pots de vin
emplois garantis, honoraires excessifs cadeaux, etc...

LES PRATIQUES DOUTEUSES
Distorsion des faits, mensonges
dissimulation, obstruction
rétention d'informations, dissimulation des faits
méthodes d'intimidation
attaques personnelles, discrédit des opposants
Procédures dilatoires, techniques d'obstruction
poursuites judiciaires non fondées (retardement du processus)
production excessive de documents pour allonger le processus d'analyse.
Cooptation
neutraliser ou remettre en question les tenants de la partie adverse par des offres d'emploi ou autres avantages
engager à des honoraires dissuasifs les experts susceptibles de servir la cause adverse

L'ORGANISATION DE COALITION
Coordination du lobbying avec d'autres groupes de pression
Marché politique (échange de "bons procédés")

5 - Contrôle et évaluation du lobbying

Le contrôle de l'exécution d'une stratégie de lobbying, dépasse l'identification des cibles, du moment d'intervention et des tactiques d'action. Il doit demeurer constamment ouvert à tous les aménagements qui peuvent s'avérer nécessaires lors de son déroulement.

Ce contrôle doit porter aussi bien sur les méthodes, le style des interventions, sur la remise en cause constante des intermédiaires ou des agents spécialisés. Sans oublier l'évolution éventuelle de l'opinion publique sur la question de l'émergence de nouveaux groupes de pression.

C'est dire que la stratégie du lobbying n'est jamais tout à fait définie d'avance, mais qu'elle doit savoir se couler constamment dans les méandres, les mouvements et les respirations d'un environnement social, politique, économique et culturel en perpétuel évolution, un environnement d'où le lobbying est issu et qu'il est destiné à servir le mieux possible.

FORMULATION MATHÉMATIQUE DE TEXTES JURIDIQUES : À PROPOS DE COMMISSIONS UNIVERSITAIRES

Par

Raymond TRÉMOLIÈRES (*)
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III - I.A.E.

Résumé. On pose ici la question de l'appel à des formulations mathématiques précises dans le cas de certains textes juridiques plus particulièrement de type "quantitatif". Bien que de nombreux domaines soient concernés, banque, assurance, taxes, impositions, douanes, ... cette question est présentée dans le cadre des nouveaux règlements sur les constitutions des commissions de spécialistes dans l'ensemble des Universités. Il y est suggéré que ces textes soient accompagnés de définitions précises tant pour les concepts que pour les relations et contraintes dont ils font l'objet. Il est d'autre part montré que des simulations sur l'ensemble des cas possibles d'application permettraient de mieux comprendre la portée des règlements et d'en limiter les effets pervers ainsi que les contradictions ou les aberations.

Abstract. This paper considers the question of formulating juridical texts or regulation into a mathematical framework when complicated and quantitative considerations are present. Although numerous applications can be found in finance, insurance, income taxes, ..., this question is presented here with regard to the constitution of specialists commitees. It is suggested that these texts be associated with precise definitions and mathematical formulations allowing various simulations.

Mots-clefs : formulation mathématique, textes réglementaire.

Key-words : mathematical formulation, regulation.

---

* Version juillet 1992.

I. CADRE JURIDIQUE

De nombreuses interrogations se sont posées ces derniers temps sur un important texte de loi conduisant à une réforme de l'ensemble des Commissions de Spécialistes des Universités dont on peut rappeler qu'elles ont pour but de se prononcer essentiellement sur les mesures individuelles, nominations, mutations, etc, concernant le corps professoral.

Le décret voté par les députés est daté du 16 janvier 1992 au Journal Officiel, mais ce règlement a été ultérieurement assorti, probablement pour une grande part du fait des questions soulevées par le premier, d'un autre texte dit "d'application" en date du 13 février 1992 et émanant directement du cabinet du ministre.

Or le second est différent du décret lui-même.

En effet, lisons d'abord le premier :

DÉCRET du 16 Janvier 1992

"Lorsque le nombre des professeurs ou des maîtres de conférences affectés à l'établissement et relevant de la ou des disciplines concernées est *inférieur à dix*, tous les membres de la catégorie considérée font partie de la commission sans qu'une élection soit organisée. Pour l'application des dispositions du 1er alinéa du II.., les intéressés sont considérés comme élus.".

Précisons que la 1ère de ces 2 phrases est tellement importante que la phrase qui suit passe largement au second plan et que se réferant à un paragraphe mélangeant plusieurs notions (élections?, 70%?, égalité?, types de personnels?,...) tous les doutes sont possibles quant à ce qu'elle signifie. D'autant plus que la phrase subsidiaire ne faisant pas référence au 2è alinéa du II, celui-ci apparaît comme caduque. Il reste alors à s'interroger sur l'applicabilité du II-1 dans le contexte du "...tous les membres de la catégorie considérée font partie de la commission.". Se reportant à l'ancien Décret du 15 février 1988, on y observe que le 1er alinéa de l'article 5 n'est pas annulé par le Décret de 1992. On peut donc déduire qu'en cas où le nombre de Professeurs (P) ou de Maîtres de Conférences (MC) est inférieur à dix, alors tous les membres du collège considéré font partie de la commission et que la parité se rétablit par exemple par nomination de personnes d'autres disciplines et relevant de l'établissement ou de la même discipline mais d'autres établissements.

À titre d'illustration, on comprend que partant d'une situation à 2 P et 6 MC dans un même établissement, tous seraient de facto membres de la commission, le Président de l'Université rétablissant la parité par exemple par nomination de 3P de l'établissement mais d'autres disciplines.

Or depuis la date du décret jusqu'à l'apparition du texte d'application, de nombreuses décisions ont été prises, par des commissions de spécialistes, ou des conseils d'administration, concernant des formules de constitution des commissions dans le cadre du décret seul : création de nouvelles commissions, en particulier relevant de la 26ème section. On a vu ainsi de nombreuses propositions de création de nouvelles commisions issues d'anciennes commissions de mathématiciens par éclatement ou regroupement. Évidemment toutes ces décisions l'ont été sur la base du Décret du 16 janvier 1992, en particulier dans l'optique d'une représentation globale des enseignants dans le cas fréquent où leur nombre était inférieur à 10.

En date du 13 février un nouveau texte venait tout modifier, texte dont il faut convenir que l'aspect surtout "utilitaire" n'appelait pas la même attention. Étant postérieur à bien des réunions, d'une diffusion beaucoup plus restreinte à cause de son caractère a priori non légal, il s'en est suivi qu'un grand nombre de collègues se

sont trouvés devant le fait accompli de modifications soudaines qu'ils ne pouvaient qu'observer.

Cette contradiction apparaît de façon claire lorsqu'on se penche sur le texte du 13 février 1992. En effet, alors que dans le premier texte le *principe de parité* n'est nullement affirmé *"en toute hypothèse"* et que l'on peut à juste titre prendre la première phrase que nous avons citée comme disant ce qu'elle dit, le second apparaît à l'évidence comme ayant été fabriqué pour redresser les incertitudes que l'on peut soulever sur le premier. On note en effet que le principe de parité y est précisé de nombreuses fois :

TEXTE d'APPLICATION du 13 février 1992

1- "Il instaure notamment la parité..." (p. 1) ["notamment" au tout début du texte...]

2- "En toute hypothèse, la composition de chaque commission doit respecter le principe de parité..." (p. 3)
[parité (sic) souligné !]

3- "... le nombre de représentants des professeurs... et ... des maîtres de conférences... doivent être égaux." (p. 3)

4- "Il résulte expressément du décret du 15 février 1988 que le nombre de représentants élus des professeurs... doit en toutes circonstances être égal à celui des... représentants élus des maîtres de conférences ..."
[... "expressement"... "doit"... "en toutes circonstances"...]

5- "Dans ces conditions, le nombre de sièges réservés aux élus de chaque catégorie ne peut être supérieur au nombre d'électeurs inscrits sur la liste électorale du collège le moins nombreux (sauf lorsque le nombre des électeurs est insuffisant pour respecter les règles de composition minimale de la commission,...)" (p. 4)

6- "En ce cas, le nombre de représentants élus doit être défini comme suit : tous les personnels relevant de la catégorie la moins nombreuse sont considérés comme membres élus..." (p. 4)

7- "Les personnels de l'autre catégorie doivent élire leurs représentants en nombre égal à celui des membres de la catégorie la moins nombreuse..." (p. 4)
[souligné...]

8- "Le nombre de représentants élus des maîtres de conférences doit être égal à celui des représentants des professeurs... " (p. 6)
["doit" repété ici pour la 6ème fois au sujet de la même notion].

À l'évidence le nouveau texte est beaucoup plus qu'un simple texte d'application. Il tente désespérement de rétablir la notion de parité dans le processus d'élection même, alors que cette notion subsistait bien dans le décret mais non pour l'élection seule des deux collèges. En effet, il ne viendra absolument à l'idée de personne de contester le sens obvie de "Lorsque... est inférieur à dix, *tous les membres* de la catégorie considérée font partie de la commission.".

Si le legislateur avait voulu préciser une parité dans le processus d'élection, il lui était loisible pour éviter toute confusion de rajouter dans la 1ère phrase :

"...tous les membres *de la moins nombreuse* des deux catégories considérée font partie de..."

Cette seule précaution eut rendu l'interprétation parfaitement claire et eut évité des entortillements sans fin dans l'interprétation et dans les décisions. D'ailleurs, le fait que le "texte d'application" réexprime au moins *8 fois* l'idée de parité montre bien que c'est justement à des dispositions contraires que conduisait le decret. Sinon, pour quelle raison tant de répétitions ?

La vraie question se pose alors de savoir si un texte d'application peut conduire à modifier des dispositions réglementaires et si les mesures prises ne sont pas justement contraire à la loi.

En tout état de cause, on peut juger utile de donner une formulation précise du texte d'application. Nous le faisons ci-après.

II. FORMULATION MATHÉMATIQUE

Notons
EFmin = effectif minimal de la commision
(10 en métropole, 6 hors métropole),

et appelons

Puniversité,	**MCuniversité**
Pcommmission,	**MCcommision**
Pélus,	**MCélus**
Pnommés,	**MCnommés**

les nombres de Professeurs et de Maîtres de Conférences respectivement
1) de l'Université dépendant de la même commission de spécialistes,
2) siégeant dans la commission, 3) élus, et enfin 4) nommés.

On note X indifféremment des nombres de Professeurs ou de Maîtres de Conférences.

Les compositions admissibles de Commisions de Spécialistes sont alors données par *l'ensemble des solutions en nombres entiers du système d'inéquations et d'équations* qui suit (nous abrégeons les spécifications) :

(1) 2.Xcom > EFmin,

(2) Xélus ≤ min[Puniv, MCuniv]

(3) [0.3 Xcom]$^+$ <= Xélus <= [0.7 Xcom]$^-$

(4) Xnom = Xcom - Xélus,

où [a]$^+$, [a]$^-$, sont les plus petits entiers et plus grands entiers les plus proches du nombre a.

Du fait de la parité, on aura
Pélus = MCélus = Xélus,
et de même pour les autres valeurs.

Un programme simple de simulation écrit dans un langage accessible pour le plus grand nombre et en particulier pour les juristes peut être proposé :

Puniv := donnée spécifique à l'université
MCuniv := donnée spécifique à l'université
Xuniv := MIN[Puniv, MCuniv]
Xélus := 1

a) Xélus := Xélus + 1
Si **Xélus > Xuniv** alors arrêt : plus de solution
b) Sinon **Xcom = Xcom + 1**
Si **Xélus > INT(0.7*Xcom)** alors revenir en b)
Si **Xélus < INT(0.3*Xcom +0.9999)** revenir en a)
Xnom = Xuniv - Xélus
Impression de Xuniv, Xélu, Xnom, Xcom Revenir en b).

Hormis quelques points de détail, ce simple petit programme eut permis d'éviter pertes de temps, confusions et mauvaises interprétations résultant des textes juridiques eux-mêmes.

Une simulation eut aussi montré les problèmes d'application des textes dans lesquels 30 % au moins des commisions doivent être constituées de gens, *élus*, de la *même* discipline, et appartenant à d'autres Universités, ce qui pose la question de l'existence de commissions de spécialistes similaires dans des Universités proches permettant de ne pas tomber dans des dépenses de transports inconsidérées,... sans parler des problèmes de quorum... Les textes conduisent ainsi à des commissions dont le nombre peut aller jusqu'à des effectifs très importants dans certaines disciplines qui sont très majoritaires dans certaines Universités (lettres, économie, médecine,...). Évidemment ceci n'est nullement criticable en soit, mais demande des budgets...

Le texte d'application soulève aussi des questions du fait de la notion de parité. Il suffit en effet d'une grande distorsion entre les Professeurs et les Maîtres de Conférence pour qu'une catégorie se trouve complètement sous-représentée. Il s'en déduit que la probabilité de se retrouver dans une commission est proportionnelle au plus grand équilibre entre les catégories, et que ce facteur amplifie la participation des catégories concernées dans les commissions des Universités proches... Il y a donc a priori plus de chance, (ou de malchance..) d'être sollicité dans d'autres Universités, non pas tant à cause de sa représentativité "élective" ou de sa valeur scientifique ou humaine que du fait que sa catégorie est plus équilibrée avec une autre...

Pour terminer, précisons que le texte d'application est si soucieux de faire comprendre les choses qu'il nous invite à un entraînement sur des exemples.

III. EXEMPLES

Prenons le premier cité dans le texte d'application :

1. Exemple n. 1 : Commission composée de 10 élus. (p. 7)

1er cas : les membres élus ne peuvent représenter plus de 70 % de l'effectif de la commission ; conclusion : la commission comprendra donc 16 membres au maximum (sic et souligné)

On veut bien mais les conditions du problème sont

Xélus = 10 ≤ [0.7 Xcom]$^{-}$, d'où il nous paraît que dans ce cas l'effectif de la commission comprend au "maximum" un nombre ∞ de membres...

Ce n'est que le premier exemple...

2. Autres exemples

Notons par ailleurs que sur les 3 exemples donnés, les 2 autres concernent justement le cas des commissions où une catégorie comporte moins de 10 membres.

Ceci porte à 10 le nombre de fois où le texte d'application est en porte-à-faux avec le décret sur un seul et même point. Ceci aurait été probablement évité si le texte du décret avait fait l'ojet d'une définition mathématique précise...

IV. CONCLUSION

Nous nous sommes posés ici le problème de l'utilisation de formalismes mathématiques dans le cadre de textes juridiques de type quantitatif. Nous avons examiné ce problème à l'occasion des règlements concernant la composition des commissions de spécialistes des Universités. Nous avons montré qu'une formulation en tant que problème de **réalisation de systèmes en nombres entiers** permettait une expression exacte et concise évitant tout problème d'interprétation. De plus cette même formulation permet de réaliser des simulations. Celles-ci auraient permis de mieux mesurer la portée des dispositions prises et, sinon de les modifier, du moins d'en mieux mesurer la portée.

Bien qu'il soit connu que les dispositions juridiques doivent, autant que faire se peut, être accessibles au plus grand nombre, il ne nous paraît pas que les formalismes invoqués soient un obstacle à cet objectif. Bien au contraire. En tout état de cause, de claires définitions des termes employés et l'utilisation de formules simples peuvent éviter de nombreux problèmes de confusion et d'interprétation préjudiciables à des applications claires et précises. Il serait probablement fort utile que de nombreux textes juridiques existants ou à venir soient mis sous cette forme, surtout lorsque les formalismes restent accessibles au plus grand nombre.

RÉFÉRENCES

1. **Décret concernant les commisions de spécialistes.**
Journal Officiel de la République Française, 16 janvier 1992.
2. **Texte dit "d'application".**
Ministère de l'Éducation Nationale, Cabinet du ministre, 13 février 1992.

R.R.J. 1993-1
Pages 289 à 314

- VIII -

COMMENTAIRES D'ARRÊTS

TERRITOIRE D'OUTRE-MER : DES MINISTRES NOMMÉS SOUS CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF

NOTE SOUS CONSEIL D'ÉTAT 15 JANVIER 1992 PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE (*)

Par

Alain BOYER
Maître de Conférences à l'Université d'Orléans

La nomination d'un ministre par le président du gouvernement d'un territoire d'outre-mer constitue un acte administratif soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur le fondement de l'erreur de droit. Telle est la solution consacrée par le Conseil d'État dans un arrêt du 15 janvier 1992.

Les territoires d'outre-mer disposent, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, d'une organisation particulière qui peut aller jusqu'à la mise en place d'une constitution matérielle (1). La loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française (2) organise, au profit de cette collectivité territoriale, un "système parlementaire". Aux termes de l'article 4 du statut, les institutions du territoire comprennent le gouvernement du territoire, l'assemblée territoriale et le comité économique et social. Le gouvernement du territoire constitue le conseil des ministres. Il forme l'exécutif du territoire. Il se compose d'un président et de six à dix ministres dont l'un d'eux porte le titre de vice-président. Le président du gouvernement du territoire est élu par l'assemblée territoriale parmi ses membres au scrutin secret. Ce dernier notifie à l'assemblée territoriale et au haut-commissaire, dans les cinq jours de son élection, l'arrêté de nomination du vice-président et des ministres pour lesquels il indique les fonctions. Cette désignation prend effet à l'expiration d'un délai de 48 heures durant lequel l'assemblée territoriale peut éventuellement adopter une motion de censure. À côté de l'exécutif territorial, il existe un organe délibérant appelé assemblée territoriale. Elle est élue au suffrage universel direct. Elle se réunit deux fois par an sur convocation de son président en session ordinaire. Elle règle, par ses délibérations, l'ensemble des affaires qui relève de la compétence du territoire à l'exception de celles attribuées au gouvernement du territoire. Elle peut assortir sa réglementation de peine contraventionnelle. L'assemblée territoriale peut créer des commissions d'enquête ou des commissions de

(*) Cet arrêt sera publié au Recueil Lebon.
(1) P. Lampué: "Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer", RDP 1984, p.5 spéc. p. 10.
(2) Loi 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, JORF 7 septembre 1984, p. 2831.

contrôle. Elle peut mettre en cause la responsabilité collective du gouvernement du territoire par le vote d'une motion de censure. Enfin, conformément à l'article 74 de la Constitution, l'assemblée territoriale donne son avis sur toute loi visant à modifier l'organisation particulière du territoire. Ce bref rappel des institutions du territoire de la Polynésie française nous a paru utile à la compréhension des faits de l'espèce qui peuvent apparaître étonnant au regard de la nature juridique des territoires-d'outre-mer qui constituent des collectivités territoriales de rang administratif d'un État unitaire la République française (3).

À la suite d'une crise gouvernementale qui secoue la Polynésie française au cours de l'année 1988, des ministres polynésiens démissionnent de leur fonction de membre du gouvernement de la Polynésie française. Le président du gouvernement du territoire procède à leur remplacement. Ces nominations sont attaquées par l'un des démissionnaires par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Papeete. Le requérant reproche à cet acte du président du territoire de ne pas être conforme à la loi portant statut du territoire. Le tribunal administratif accueille ce moyen et annule les différentes nominations. La réaction, à ce jugement, du président du territoire est double. D'une part, il procède à une nouvelle nomination pour tenir compte de l'annulation prononcée (4). D'autre part, il fait appel du jugement devant la cour administrative d'appel de Paris. Celle-ci est compétente pour les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs d'outre-mer. Toutefois, la compétence d'appel reconnue à la cour administrative n'est pas générale. Elle ne s'étend qu'à certains jugements des tribunaux administratifs. Or, en l'espèce, le jugement du tribunal de Papeete ne relève pas de la compétence de la cour administrative d'appel de Paris mais du Conseil d'État car il porte sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une mesure individuelle (5). Le président de la cour administrative d'appel de Paris, constatant que l'appel n'est pas dirigé devant la juridiction compétente, applique l'article R.81 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui l'autorise à transmettre, par ordonnance, les appels mal dirigés au Conseil d'État (6). Ainsi saisi, le Conseil d'État confirma le jugement rendu en première instance et releva que les nominations litigieuses, effectuées sans que le président du gouvernement du territoire ait demandé l'approbation à l'assemblée territoriale, constituaient des erreurs de droit.

Cet arrêt du Conseil d'État est intéressant à plus d'un titre :

- d'une part, par ce qu'il admet implicitement : les nominations des ministres par le président du gouvernement d'un territoire d'outre-mer sont des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir ;
- d'autre part, par le contrôle effectué : le contrôle de l'erreur de droit ;
- enfin, par les conséquences qu'une telle solution emporte sur la situation constitutionnelle des territoires d'outre-mer qui ne constituent que des collectivités territoriales de nature administrative.

---

(3) A. Boyer, "Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'État unitaire - Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958" thèse Aix-en-Provence 1991.

(4) Ces nominations ont elles-mêmes été déférées au tribunal administratif de Papeete qui rejeta la demande : TA de Papeete, 5 décembre 1989 Braun-Ortega c/ Assemblée territoriale de la Polynésie française non publié.

(5) D. Chabanol, "Les nouvelles compétences des cours administratives d'appel", AJDA 1992, p. 341 ; R. Debbasch "Les nouvelles compétences des cours administratives d'appel", JCP 1992 1.3594.

(6) L'article R.81 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dispose que : "Lorsqu'une cour administrative d'appel ou un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime ressortir à la compétence du Conseil d'État, son président transmet sans délai le dossier au Conseil d'État qui poursuit l'instruction de l'affaire. Si l'instruction de l'affaire révèle que celle-ci ressortit en tout ou partie à la compétence d'une autre juridiction, la sous-section d'instruction saisit le président de la section du contentieux qui règle la question de compétence et attribue, le cas échéant, le jugement de tout ou partie des conclusions à la juridiction qu'il déclare compétente.".

I - LE CONTRÔLE DE LA NOMINATION DES MINISTRES DES TERRITOIRES D'OUTRE-MER

Le Conseil d'État se reconnaît compétent à l'égard de la nomination d'un ministre par le président du gouvernement d'un territoire d'outre-mer et applique le contrôle de l'erreur de droit.

A - La compétence du Conseil d'État à l'égard de la nomination d'un ministre territorial

La compétence du Conseil d'État à l'égard de la nomination d'un ministre territorial trouve son fondement dans deux arguments : le caractère général de la mission de contrôle du juge administratif, la nature administrative de l'acte en cause.

Le caractère général de la mission de contrôle du juge administratif prend appui tant dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence administrative. Le Conseil Constitutionnel a admis (7) d'une part que la juridiction administrative avait une existence constitutionnelle sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la république tiré des textes révolutionnaire relatifs à la séparation des autorités judiciaires et administratives et d'autre part que celle-ci bénéficiait d'une réserve de compétence à l'égard des actes comportant utilisation de prérogatives de puissance publique. Ainsi, le juge constitutionnel considère que la Constitution confie au juge administratif une mission générale de contrôle des actes comportant utilisation de prérogatives de puissance publique. Le Conseil d'État avait déjà posé les éléments de cette consécration constitutionnelle dans un arrêt célèbre dans lequel il avait admis que le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs était d'ordre public et ne pouvait être écarté que par une loi expresse (8).

L'acte soumis à la juridiction administrative doit avoir une nature administrative. Le Conseil d'État, dans un arrêt Saïd Ali Tourqui (9), a jugé que les actes des organes des territoires avaient une nature administrative. Toutefois, en admettant la recevabilité du pourvoi formé contre la nomination d'un ministre territorial par le président du gouvernement d'un territoire d'outre-mer, le Conseil d'État consacre implicitement la nature d'acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir d'un tel acte juridique. Une telle solution n'allait pas nécessairement de soi. Une option s'ouvrait au juge administratif : soit, il considérait l'acte en cause comme un simple acte administratif, soit, il le considérait, certes, comme un acte administratif mais surtout comme un acte de gouvernement et à ce titre insusceptible de recours. Le choix entre l'une et l'autre branche de l'option n'est pas neutre. En choisissant la première branche, le Conseil d'État banalise la situation des territoires d'outre-mer qui ne sont que de simples collectivités administratives mais aussi de leurs organes qui ne peuvent pas être assimilés aux organes de l'État et notamment au gouvernement de la République. Ce faisant, le Conseil d'État inscrit sa jurisprudence dans le prolongement de celle du Conseil Constitutionnel. Enfin, en admettant un tel contrôle, le juge administratif annonce peut-être une évolution de sa jurisprudence en matière de contrôle des nominations ministérielles faites au sein du gouvernement de la République (10). En effet, l'outre-mer a bien souvent constitué un banc d'essai, un laboratoire pour la

(7) C. Const. 86-224 DC du 23 janvier 1987 Conseil de la Concurrence rec. p. 8.
(8) CE Ass. 17 février 1950 Ministre de l'agriculture c/ dame Lamotte rec. p. 110.
(9) CE Ass. 27 février 1970 Saïd Ali Tourqui, rec. p. 138.
(10) R. Chapus, "Droit administratif général", Précis Domat 6ème Éd. Montchrestien 1992, n° 992.

mise en œuvre de solutions juridiques nouvelles notamment en matière administrative (11). Dès lors, l'intensité du contrôle effectué par le juge administratif présente un intérêt immédiat pour les territoires d'outre-mer mais aussi éventuellement futur pour le gouvernement de la République.

B - Le degré du contrôle

Le requérant reproche au président du gouvernement du territoire de ne pas avoir soumis les nominations litigieuses faisant suite à des démissions antérieures à l'approbation de l'assemblée territoriale conformément à la loi du 6 septembre 1984 et notamment à ses articles 8 et 17. Le président du gouvernement du territoire estime, quant à lui, que l'article 17 de celle-ci l'autorise à procéder au remplacement de ministre démissionnaire sans avoir à solliciter l'approbation de l'assemblée territoriale.

Le Conseil d'État accueille l'argumentation du requérant et juge que : *considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que le président du gouvernement du territoire ne disposait pas du pouvoir de nommer par arrêté un membre de ce gouvernement que pour remplacer un ministre qu'il aurait lui-même révoqué conformément aux dispositions de l'article 17 précité ; que, par suite, pour toute autre nomination de ministre, dans quelque cas de vacance au sein du gouvernement que ce soit, et notamment lors de la démission d'un ou plusieurs membres de ce gouvernement, le président du gouvernement du territoire devait soumettre à l'approbation de l'assemblée territoriale, dans les conditions prévues à l'article 8 de la loi précité, la nouvelle composition du gouvernement résultant des nominations qu'il envisageait" ;* Le Conseil d'État juge ainsi que l'approbation par l'assemblée territoriale des nominations de ministre, à l'exception de celles faisant suite à une révocation prononcée par le chef de l'exécutif territorial, constituait une formalité substantielle. Pour ce faire, le Conseil d'État utilise le contrôle de l'erreur de droit.

Le degré de contrôle qu'effectue le juge administratif est susceptible de variation en fonction du domaine d'intervention de l'acte en cause. Ainsi, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir peut être réduit (contrôle de la compétence, de la procédure, du détournement de pouvoir, de l'erreur de droit, de la violation directe de la règle de droit, de l'exactitude matérielle des faits, de l'erreur manifeste d'appréciation), normal (contrôle de la qualification juridique des faits), ou maximum (contrôle de l'adéquation de la mesure, bilan coût-avantage). Le juge administratif emploie dans la majorité des cas le contrôle normal. Les hypothèses de contrôle

(11) Voir en matière de responsabilité du service de police, CE 10 février 1905 Tomaso Grecco, rec. p. 139 ; en matière de service public industriel et commercial, TC 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain, rec. p. 91, CE 26 janvier 1921 de Robert Lafrégeyre rec. p.67 ; en matière de responsabilité administrative pour rupture d'égalité devant les charges publiques dans l'hypothèse d'un refus de l'administration de recourir à la force publique pur procéder à l'exécution d'un jugement, CE 30 novembre 1923 Couitéas rec. p. 789 ; en matière de service public (l'annonce de la crise de l'élément organique), CE Ass. 20 décembre 1935 Établissement Vézia rec. p. 1212 ; en matière de domaine public et de service public, CE Sect. 5 mai 1944, Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale, rec. p. 129 ; en matière de compétence du service public de la justice, TC 27 novembre 1952 Préfet de la Guyane, rec. p. 642 ; en matière d'acte administratif (inexistence) CE Ass. 31 mai 1957, Rosan Girard rec. p. 355 ; en matière de principes généraux du droit CE Sect. 26 juin 1959, Syndicat des ingénieurs-conseils rec. p. 394 ; en matière de saisie de journaux (distinction de la police administrative et de la police judiciaire) CE Ass. 24 juin 1960, société Frampar, rec. p. 1412 ; en matière d'application de l'article 16 de la Constitution, CE 2 mars 1962 Rubin de Servens, rec. p. 143 ; en matière d'ordonnances référendaires, de circonstances exceptionnelles et de principes généraux du droit, CE Ass. 19 octobre 1962 Canal, Robin et Godot, rec. p. 552.

réduit tendent à diminuer (12). On le trouve en matière technique ou économique. Enfin le Conseil d'État utilise le contrôle maximum en matière de police ou d'urbanisme.

Toutefois, il existe des cas où le Conseil d'État emploie ce que l'on pourrait appelé un contrôle minimum (13). Il s'agit des hypothèses où le juge administratif est appelé à connaître d'un acte administratif de nomination dans lequel l'intuitu personae occupe une place importante. Tel est le cas pour les nominations au Conseil Économique et Social (14), dans les grades de la légion d'honneur (15), à la présidence d'une société nationale de programme (16), ou enfin à l'égard d'une mesure individuelle d'amnistie (17). En limitant son contrôle de la nomination des ministres d'un gouvernement d'un territoire d'outre-mer à l'erreur de droit, le Conseil d'État complète la liste des cas où le contrôle minimum s'applique. En l'espèce, le choix d'un tel contrôle paraît difficilement critiquable. En effet, dans une matière telle que la composition d'un gouvernement, il faut laisser le plus de liberté possible à l'autorité chargée de désigner les ministres. Le juge ne peut pas s'engager dans la voie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation car il serait conduit à se prononcer sur les qualités de l'impétrant à être ministre. Un tel contrôle serait juridiquement délicat et placerait le juge dans une situation inconfortable pour justifier sa décision tant à l'égard de la majorité que de l'opposition.

II - LA PORTÉE DU CONTRÔLE DE LA NOMINATION DES MINISTRES DES TERRITOIRES D'OUTRE-MER

Le contrôle de la nomination des ministres des territoires d'outre-mer constitue une nouveauté confirmant la place qu'occupe les territoires d'outre-mer au sein de la République française mais ne présente qu'un intérêt pratique limité et laisse certaines questions en suspens.

A - Les territoires d'outre-mer constituent des collectivités territoriales administratives

Quel que soit le degré de décentralisation et quelles que soient les appellations prestigieuses conférées aux organes des territoires d'outre-mer, les territoires d'outre-mer ne constituent que des collectivités territoriales administratives (18). La République française, conformément au principe d'indivisibilité de la République, ne connaît pas l'existence d'entités secondaires de l'État de nature politique. Cet arrêt réaffirme cette solution à un moment où certaines évolutions législatives récentes pourraient laisser croire que l'on s'achemine vers la reconnaissance de la nature politique de collectivités considérées comme métropolitaines. Seule une révision constitutionnelle relative au principe d'indivisibilité de la République pourrait le permettre. Or, celle-ci n'est guère envisageable dans l'immédiat. Le principe d'indivisibilité de la République étant l'épine dorsale sur laquelle s'est construit non

(12) Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, "Contentieux administratif", Précis Dalloz 5ème Éd., Dalloz 1990, p. 832.
(13) Ibid. p. 828.
(14) CE 11 avril 1986, Fédération générale agro-alimentaire, rec. p. 92.
(15) CE 10 décembre 1986, Loredon rec. p. 675.
(16) CE 19 janvier 1990 association "La Télé est à nous" c./ CNCL rec. p. 9 ; note A. Boyer, "La nomination des présidents des sociétés nationales de programme et le juge administratif", RRJ 1991-3, p. 890.
(17) CE 31 janvier 1986, Legrand rec. p. 23.
(18) A. Boyer, "Le statut constitutionnel des territoires d'oure-mer et l'État unitaire - Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958" thèse Aix-en-Provence 1991.

seulement le droit public depuis la Révolution (19) mais aussi le régime démocratique.

En application de cette règle constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel a mis en évidence d'une part que les territoires d'outre-mer sont une partie intégrante de la République. Dès lors, les incompatibilités applicables aux mandats nationaux ne peuvent varier suivant l'attache territoriale du titulaire de la fonction (20). D'autre part, le juge constitutionnel a admis que le législateur national, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, pouvait habiliter les autorités territoriales à intervenir dans le domaine législatif (21). Enfin, le Conseil Constitutionnel a montré que cette faculté ouverte au législateur national ne conduisait pas à remettre en cause la nature de collectivité territoriale des territoire d'outre-mer (22). Toutefois, certains considèrent que les territoires d'outre-mer constituent des collectivités territoriales particulières dans la mesure où le juge constitutionnel a fait, à une occasion (23) alors qu'il a rendu près de trente décisions (24) relatives aux territoires d'outre-mer, référence au rôle supra-administratif des organes des territoires d'outre-mer.

Le rapprochement dans le même considérant de la décision 85-196 DC du rôle supra administratif de l'organe délibérant des territoires d'outre-mer et de l'article 3 de la Constitution relatif au principe de la souveraineté nationale conduit une partie de la doctrine à considérer que cet organe n'a pas un caractère administratif mais qu'il se rapproche peu ou prou d'un organe politique (25). Cette interprétation, pour séduisante qu'elle soit, nous paraît quelque peu audacieuse. En effet, le juge constitutionnel utilise l'article 3 de la Constitution pour justifier l'exigence de représentativité de l'organe délibérant d'un territoire d'outre-mer, non pas parce que celui-ci a un quelconque rôle supra-administratif le conduisant à exercer une partie de la souveraineté nationale au même titre que le parlement de la République, mais parce que les membres de l'assemblée territoriale font partie du collège électoral du Sénat. Le rapprochement, dans le même considérant du rôle supra-administratif du conseil élu d'un territoire d'outre-mer et de l'article 3 de la Constitution, est sans effet sur la nature administrative de l'organe délibérant et la nature de collectivité territoriale des territoires d'outre-mer. D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel avait montré dans une décision antérieure que tous les suffrages visant à élire les conseils élus des collectivités territoriales sont des suffrages politiques dans la mesure où ils constituent le premier degré de l'élection des sénateurs (26). Ce caractère politique du suffrage est sans influence sur la nature juridique des collectivités territoriales, de leurs organes et de leurs actes qui restent administratifs.

M. Luchaire avance une autre explication au rôle supra-administratif de l'assemblée territoriale que semble avoir mis en évidence le juge constitutionnel (27). Cet auteur considère que le Conseil Constitutionnel a jugé que l'organe délibérant d'un territoire d'outre-mer a un rôle qui "ne se limite pas à la simple administration de ce territoire" pour le distinguer des organes délibérants des autres catégories territoriales qui ne peuvent être habilités à intervenir dans le domaine législatif. Cette explication est intéressante mais elle doit être critiquée. Le droit

(19) R. Debbasch, "Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République" PUAM-Economica 1988.
(20) C. Const. 84-177 DC du 30 août 1984 rec. p. 66 ; C. Const. 84-178 DC du 30 août 1984 rec. p. 69.
(21) C. Const. 65-34 L du 2 juillet 1965 rec. p. 75.
(22) C. Const. 85-196 DC du 8 août 1985 rec. p. 63.
(23) C. Const. 85-196 DC du 8 août 1985 rec. p. 63.
(24) A. Boyer, précité.
(25) F. Luchaire note sous décision 85-196 DC D. 1986 J., p. 45, spéc. p. 55 ; J.-Y. Faberon, "Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer" Les Petites Affiches 1991, n° 95, p. 4, spéc. p. 10.
(26) C. Const. 82-146 DC du 18 novembre 1982 rec. p. 66 ; dans le même sens C. Const. 87-227 DC du 7 juillet 1987, rec. p. 41.
(27) F. Luchaire, "Le statut de la collectivité territoriale de Corse", RDP 1991, p. 943 spéc. p. 954.

public français utilise un critère formel pour déterminer la nature juridique d'un acte (28). Dès lors, l'acte est soit législatif s'il est adopté par le parlement selon la procédure législative ou par référendum, soit administratif s'il est édicté par un organe administratif. Le domaine d'intervention d'un acte est sans influence sur sa nature juridique. D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel n'a jamais évoqué un quelconque rôle supra-administratif du gouvernement lorsque ce dernier est habilité par le parlement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à intervenir dans le domaine législatif par l'intermédiaire des ordonnances (29). Les organes des territoires d'outre-mer n'édictent que des actes administratifs et cela quelles que soient leurs domaines d'intervention.

Enfin M. Favoreu propose une explication au rôle supra-administratif des assemblées territoriales (30). Il s'agirait de qualifier l'association des assemblées territoriales au processus législatif par le biais de l'article 74 de la Constitution. Cette justification est elle aussi critiquable. En effet, le Conseil d'État est lui aussi associé de façon obligatoire au processus législatif, sur le fondement de l'article 39 de la Constitution sans que cela ait pour conséquence que l'on qualifie son rôle de supra-administratif. Or, le rôle de conseil du Conseil d'État est beaucoup plus étendu que celui des assemblées territoriales. En effet le rôle de conseil des assemblées territoriales se limite aux lois qui modifient l'organisation particulière du territoire alors que le rôle de conseil du Conseil d'État s'exerce non seulement à l'égard des lois qui modifient l'organisation particulière des territoires mais aussi de toutes lois, ne modifiant pas l'organisation particulière, rendues applicables dans les territoires. En définitive la référence au rôle supra-administratif des assemblées territoriales ne recouvre aucune réalité juridique. Il s'agit d'une rédaction défectueuse de la décision 85- 196 DC qui démontre que, comme tout juge, le Conseil Constitutionnel peut être sensible au climat qui entoure une procédure (31). Les territoires d'outre-mer sont des collectivités territoriales administratives, leurs organes n'édictent que des actes de nature administrative.

Le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de montrer, dans deux espèces significatives, que quelle que soit la forme institutionnelle conférée à un territoire et les appellations prestigieuses attribuées par le législateur national à ses organes, un territoire d'outre-mer est et demeure une collectivité territoriale dont les actes sont soumis au contrôle administratif qui peut prendre la forme soit d'un contrôle juridictionnel (32) soit d'un contrôle de tutelle (33). En effet dans un arrêt Saïd Ali Tourqui (34), le Conseil d'État accepta de contrôler les actes pris par la chambre des députés des Comores. Cette solution a été confirmée dans un arrêt Bouché dans lequel il vérifie la légalité des actes de la chambre des députés du Territoire français des Afars et des Issas (35). Le présent arrêt s'inscrit dans cette perspective et souligne quelle que soit la forme institutionnelle conférée à une collectivité par le législateur national celle-ci est et demeure une collectivité administrative. Le rappel de cette solution de principe est opportune au moment où le législateur, souhaitant répondre à certaines aspirations locales, s'engage en métropole dans la voie de la

(28) Cette règle connaît en droit positif deux exceptions l'une fondée sur l'article 16 de la Constitution (CE 2 mars 1962, Rubin de Servens, rec. p. 143) l'autre sur l'article 92 de la Constitution (CE Sect. 12 février 1960, société Eky, rec. p. 101).
(29) C. Mérentier, "Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958" thèse Aix-en-Provence 1991.
(30) L. Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel", RDP 1986, p. 395, spéc. p. 466.
(31) Il faut se souvenir que la Nouvelle-Calédonie connaît une situation politique très grave schématiquement marquée par l'affrontement des" loyalistes" et des "indépentatistes".
(32) Nouvelle-Calédonie et Polynésie Française.
(33) Wallis et Futuna.
(34) CE Ass. 27 février 1970 Saïd Ali Tourqui rec. p. 138.
(35) CE 7 mars 1973, Bouché, rec. p. 193.

différenciation institutionnelle. Toutefois, cet arrêt présente un intérêt pratique limité et laisse certaines questions en suspens.

B - Un intérêt pratique limité

Cet arrêt présente un intérêt pratique limité. En effet, le Conseil d'État rend, le 15 janvier 1992, un arrêt confirmatif d'un jugement du tribunal administratif de Papeete annulant certaines nominations ministérielles. Or, le président du gouvernement du territoire a immédiatement exécuté la décision de première instance et a donc procédé à de nouvelles nominations selon la procédure prévue par la loi statutaire. Dès lors, l'arrêt du Conseil d'État ne présente plus qu'un intérêt juridique car il confirme l'interprétation du juge de premier degré et l'authentifie. Concrètement, cet arrêt n'a aucune incidence sur le fonctionnement des institutions du territoire de Polynésie française et laisse certaines questions en suspens.

En l'espèce, il a été admis qu'un ministre démissionnaire disposait d'un intérêt pour agir l'autorisant à saisir le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir des nominations faites par le président du gouvernement du territoire. Va-t-on ouvrir un tel recours aux membres de l'assemblée territoriale et par là-même conféré une sorte de statut à l'opposition territoriale ? Va-t-on ouvrir un tel recours aux partis politiques non représentés au sein de l'assemblée territoriale ? Va-t-on ouvrir un tel recours aux contribuables du territoire et introduire ainsi le citoyen dans le fonctionnement des institutions locales dont la caractéristique est d'être essentiellement représentative ?

Ainsi, le droit des territoires d'outre-mer n'est pas figé. Il est en constante évolution et intéresse non seulement le droit administratif mais aussi et surtout le droit constitutionnel car c'est principalement par son intermédiaire que se précisent les limites de la décentralisation et par là-même se forge le droit constitutionnel local (36).

(36) L. Favoreu, "Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales" in "La nouvelle décentralisation", Bibliothèque des collectivités locales, Sirey, 1983, p. 15.

PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT
DU TERRITOIRE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Le Conseil d'État statuant au Contentieux,
(Section du Contentieux, 10ème et 8ème sous-sections réunies),

Sur le rapport de la 10ème sous-section de la Section du Contentieux

Vu l'ordonnance en date du 18 avril 1989, enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 21 avril 1989, par laquelle le président de la cour administrative d'appel de Paris a transmis au Conseil d'État, en application de l'article R.81 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, la demande présentée à cette cour par le PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DU TERRITOIRE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE ;

Vu la demande enregistrée au greffe de la cour administrative d'appel de Paris le 14 avril 1989, présentée par le PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DU TERRITOIRE DE POLYNÉSIE FRANÇAISE, et tendant à l'annulation du jugement du 21 mars 1989 par lequel le tribunal administratif de Papeete a annulé, d'une part, l'arrêté du 30 juin 1988 portant nomination en qualité de ministres de MM. Savoie et Nanai et, d'autre part, l'arrêté du 26 novembre 1988 portant nomination en qualité de ministres de MM. Kelly et Spitz et de Mme Hong Kiou ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Touvet, Auditeur,
- les observations de Me Blondel, avocat de M. Enrique Braun-Ortega,
- les conclusions de M. Scanvic, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Polynésie française, dans sa rédaction en vigueur avant la loi du 12 juillet 1990 : "Le gouvernement du territoire comprend un président et de six à dix ministres..." ; qu'aux termes de l'article 6 de la même loi : "Le président du gouvernement du territoire est élu par l'assemblée territoriale parmi ses membres au scrutin secret (...) ; qu'aux termes de l'article 8 de la même loi : "Dans les cinq jours suivant son élection, le président du gouvernement du territoire présente à l'assemblée territoriale la liste des ministres. (...) La nomination des ministres prend effet si la liste recueille la majorité des suffrages des membres composant l'assemblée (...)" ; qu'aux termes de l'article 17 de la même loi : "La démission d'un ministre est présentée au président du gouvernement du territoire, lequel en donne acte et en informe le président de l'assemblée territoriale et le haut-commissaire. Au

cours de son mandat, le président du gouvernement du territoire peut mettre fin par arrêté aux fonctions d'un ministre par an et procède éventuellement dans les mêmes formes à son remplacement. Cet arrêté est notifié au ministre intéressé et transmis au président de l'assemblée territoriale ainsi qu'au haut-commissaire. Pour toute autre révocation de membres du gouvernement, le président du gouvernement du territoire soumet à l'approbation de l'assemblée territoriale la liste de l'ensemble des ministres du territoire dans les conditions prévues à l'article 8" ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que le président du gouvernement du territoire ne disposait du pouvoir de nommer par arrêté un membre de ce gouvernement que pour remplacer un ministre qu'il aurait lui-même révoqué conformément aux dispositions de l'article 17 de la loi précitée : que, par suite, pour toute autre nomination de ministre, dans quelque cas de vacance au sein du gouvernement du territoire que ce soit, et notamment lors de la démission d'un ou plusieurs membres de ce gouvernement, le président du gouvernement du territoire devait soumettre à l'approbation de l'assemblée territoriale, dans les conditions prévues par l'article 8 de la loi précitée, la nouvelle composition du gouvernement résultant des nominations qu'il envisageait ;

Considérant qu'il est constant qu'après avoir pris acte de la démission de leurs fonctions de ministres de M. Enrique Braun-Ortega le 22 juin 1988, de M. Nicolas Sanquer le 24 juin 1988, de M. Georges Kelly, de M. Napoléon Spitz et de Mme Huguette Hong Kiou le 17 novembre 1988, le PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DU TERRITOIRE DE POLYNÉSIE FRANÇAISE a procédé, par les arrêtés attaqués, à la nomination en qualité de membres de ce gouvernement de MM. Louis Savoie et M. François Nanai le 30 juin 1988, et de MM. Georges Kelly et Napoléon Spitz et de Mme Huguette Hong Kiou, le 26 novembre 1988, sans avoir présenté à l'assemblée territoriale la liste des ministres résultant des remplacements qu'il avait effectués ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DU TERRITOIRE DE POLYNÉSIE FRANÇAISE n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Papeete a annulé d'une part, l'arrêté du 30 juin 1988 portant nomination en qualité de ministres de MM. Louis Savoie et François Nanai et, d'autre part, l'arrêté du 26 novembre 1988 portant nomination en qualité de ministres de MM. Georges Kelly et Napoléon Spitz et de Mme Huguette Hong Kiou ;

DÉCIDE :

Article 1er : La requête du PRÉSIDENT DU POLYNÉSIE FRANÇAISE est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DU TERRITOIRE DE POLYNÉSIE FRANÇAISE, à MM. Enrique Braun-Ortega, Nicolas Sanquer, Georges Kelly, Napoléon Spitz, Louis Savoie, François Nanai, à Mme Huguette Hong Kiou et au ministre des départements et territoires d'outre-mer.

LE CONTENTIEUX DE LA PROCÉDURE D'EXPULSION EN URGENCE ABSOLUE :

NOTE SOUS TRIBUNAL ADMINISTRATIF D'ORLÉANS 4 FÉVRIER 1992 ACHOUR AIT SLIMANE REQ. N° 911755 ET 911756

Par

Lakhdar BOUMAZA
D.E.A. de Droit public - Chargé de Travaux Dirigés
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

S'il est une discipline juridique qui enregistre le mieux l'état de crise économique dans laquelle se trouve la société internationale, c'est bien le droit des étrangers. En effet, l'ordonnance de 1945 (1) constitue le principal instrument pour gérer le flux migratoire des populations désireuses de s'installer sur notre territoire national.

Le problème n'est pas nouveau puisque ce domaine fait l'objet de fréquentes modifications législatives à chaque alternance politique (2). La jurisprudence administrative devient alors le complément indispensable pour éclairer le mécanisme juridique d'une police spéciale dont la rigueur dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'assure pas un maximum de garanties. Il en sera d'autant plus le cas en présence de la procédure d'expulsion d'un étranger organisée par les articles 23 à 26 de l'ordonnance (3). C'est peut-être l'un des chapitres qui suscite le plus le contentieux de l'annulation (4) compte tenu des implications (5) que la décision administrative emporte sur le statut juridique de l'intéressé.

---

(1) Ordonnance 45-2658 du 2/11/1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; JORF, 4 et 7 novembre et 13 décembre 1945.
(2) La dernière en date est constituée par la loi n° 92-190 du 26/02/1992 (JO du 28/02) à propos de laquelle le Conseil constitutionnel est intervenu, sur saisine, pour censurer l'institution de zone de transit, dans une décision 92-307 DC du 25/02/1992 (RFDC 1992-10, p. 311, obs. P. Gaïa).
(3) Voir annexe n° 1.
(4) Récemment on citera l'affaire Diouri à propos d'une expulsion en urgence absolue :
- TA de Paris, 10/07/1991 ; RFDA 1991, p. 855, concl. Pujalte ;
- CE Assemblée 11/10/1991 ; RFDA 1991, p. 978, concl. Saint Pulgent ;
Également : - CE 18/01/1991, Beldjoudi ; Rec. p. 18 ;
- CE 19/04/1991, deux affaires le même jour, Belgacem et Mme Babas ; Rec. p. 152 et 162 ; Dalloz 1991, J, p. 399, obs. X. Prétot et AJDA 1991, p. 551, obs. F. Julien Laferrière.
(5) On notera en substance que les possibilités de retour sur le territoire français sont réduites à néant dès lors que l'étranger n'a pas obtenu l'abrogation de son arrêté d'expulsion (art. 23, alinéa 2). Par contre, pour ce qui concerne l'obtention d'un titre de séjour, son refus n'est pas aussi réducteur que l'expulsion puisque le demandeur pourra de nouveau tenter "sa chance" lors d'un prochain séjour en France.

La certitude de l'impact a justifié la requête en annulation de M. Ait Slimane contre un arrêté d'expulsion en urgence absolue (art. 26).

En l'espèce, les faits se ramènent à la chronologie suivante (6). Arrivé en France à l'âge de 12 ans, il vit dans une famille nombreuse installée dans la région de Vierzon. À peine majeur, il participe, en 1983, à l'attaque d'un grand magasin de bricolage pour laquelle il est condamné à une peine de 5 ans d'emprisonnement. En 1984, une infraction à la législation sur les stupéfiants lui vaut une seconde condamnation couverte par l'amnistie de la loi du 20 juillet 1988 (7). Un départ précipité en Algérie suspend provisoirement l'exécution de la peine. Au retour de son service national, dans son pays d'origine, celui-ci se trouve contraint de payer sa dette envers la société.

À sa sortie, le 9 février 1991, il est immédiatement assigné à résidence dans le département du Cher où ses papiers sont renouvelés pendant neuf mois. Le 5 novembre 1991, le ministre de l'Intérieur prend un arrêté d'expulsion selon la procédure dérogatoire de l'article 26 de l'ordonnance de 1945. Le 12 décembre 1991, un recours pour excès de pouvoir est enregistré auprès du tribunal administratif d'Orléans. Le 22 novembre 1991, date d'exécution de la mesure d'expulsion, M. Ait Slimane tente d'échapper aux forces de police le conduisant à l'avion à destination d'Alger. Celui-ci est déféré devant le tribunal correctionnel de Créteil qui le relaxe du délit de séjour irrégulier pour illégalité de l'arrêté d'expulsion.

C'est la voie suivie par le tribunal administratif d'Orléans qui décide que : "*la gravité des faits reprochés à M. Ait Slimane, nonobstant leur caractère délictueux, n'est pas telle que l'expulsion de ce dernier, eu égard à l'ancienneté des faits commis et à son comportement tant durant sa détention qu'après sa sortie de prison, intervenue après qu'il eût bénéficié d'une importante réduction de peine, constitue une nécessité impérieuse pour la sécurité publique , qu'au surplus, la libération de M. Ait Slimane étant intervenue depuis plus de neuf mois à la date à laquelle a été pris l'arrêté litigieux, son expulsion du territoire français ne revêtait aucun caractère d'urgence absolue ; qu'il suit de là que M. Ait Slimane est fondé à soutenir que l'arrêté du 5 novembre 1991 ordonnant son expulsion est entaché d'excès de pouvoir et doit être annulé* ;"

Il est clair qu'au regard de l'article 26 précité, le juge a spécialement porté son contrôle d'une part sur l'élément matériel, c'est-à-dire la nécessité impérieuse pour la sécurité publique (I). Et, d'autre part sur l'élément temporel caractérisé par la notion d'urgence absolue (II).

I - LE CONTRÔLE SUR L'ÉLÉMENT MATÉRIEL : LA NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE POUR LA SÉCURITÉ PUBLIQUE

Tout réside dans la recherche par le juge des faits ou événements lui permettant de vérifier que la décision prise répond à l'un des impératifs visés par le texte de 1945.

Constant dans sa jurisprudence, le tribunal d'Orléans interdit à l'autorité administrative de faire exclusivement référence au passé pénal de l'expulsé pour fonder sa décision (A). À l'opposé, la méthode juridictionnelle préfère retenir, dans son contrôle de légalité, une appréciation objective des faits (B).

(6) Le Monde du 26/01/1992, p. 10. Article de Philippe Bernard, La référence à ce quotidien national nous permet d'éclairer le débat sur la personnalité du délinquant.
(7) Loi n° 88-828, JO du 21/07/1988.

A - L'interdiction de faire exclusivement référence au passé pénal

Au vu de ces méfaits, il est évident que dans cette affaire, le requérant ne peut être comparé à un "ange" (8). À la lecture du jugement commenté, il apparaît que c'est essentiellement cette motivation qui a animée l'autorité ministérielle dans l'édiction de sa mesure. À cela, la juridiction de première instance répond : "*que la gravité des faits reprochés, nonobstant leur caractère délictueux, n'est pas telle...*".

Par cette formule, la qualification juridique de l'infraction ne semble pas être l'élément déterminant dans la solution jurisprudentielle. Au contraire, le style employé tend à confirmer cette première idée selon laquelle le juge neutralise l'existence de telles infractions pour ne leur donner, dans le débat contentieux, que la valeur qu'elles méritent par rapport à l'objectif poursuivi. Implicitement le passé pénal devient qu'un indice parmi tant d'autres et ne fait l'objet d'aucun traitement particulier dans le raisonnement du juge. Cette position est conforme à la jurisprudence du Conseil d'État qui s'est clairement prononcée dans un arrêt d'assemblée Ministre de l'Intérieur c/ Dridi (9).

Se fondant sur le moyen tiré de l'erreur de droit, la Haute Juridiction a posé le principe suivant: *"Les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispensent en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire français est de nature à constituer une menace pour l'ordre ou le crédit public*".

C'est exactement le procédé choisi par le tribunal administratif qui, comme on l'examinera, a porté son appréciation sur l'ensemble des circonstances de l'affaire pour estimer qu'il n'y avait pas en l'espèce de nécessité impérieuse pour la sécurité publique. Une telle rigueur juridique en direction des pouvoirs publics peut surprendre dès lors "que l'on tend à établir un lien automatique entre la condamnation pénale d'un étranger et son expulsion du territoire national" (10).

La faiblesse du réflexe administratif permet donc de se "*débarrasser*" des indésirables dont la présence pourrait entraîner des conséquences néfastes pour la sécurité des personnes et des biens.

En réalité, il ne devrait pas en être ainsi "parce que le maintien et la consécration jurisprudentielle de cette pratique aboutiraient à faire de l'expulsion une peine complémentaire de celle prononcée par le juge pénal, ce qui serait contraire au principe du droit français selon lequel le délinquant s'est acquitté de sa dette envers la société dès lors qu'il a purgé sa peine" (11).

La complexité de la procédure d'expulsion qui engage l'avenir d'un individu ne doit pas se transformer en une opération expéditive où le casier judiciaire marquerait de manière indélébile l'existence de l'intéressé.

Sur le plan de la technique cela n'est pas sans nous rappeler le contrôle de proportionnalité que le juge exerce fréquemment dans le domaine de la police spéciale des étrangers (12). Désormais, bien que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu, le juge examine si les motifs pris en considération ne sont pas disproportionnés par rapport à la décision invoquée (13). L'unique référence aux seuls condamnations pénales ne semble pas entièrement donner

(8) Le Monde, 26/02/1992, op. cit., p. 10, Ph. Bernard.
(9) 21/01/1977, Rec. p. 38 ; Dalloz, J, p. 527, obs. Julien Laferrière ; Gazette du Palais, 1977, 1ère partie, p. 340 : concl. B. Genevois.
(10) Bruno Genevois, concl. sous l'arrêt Dridi précité, G.P., 1977, op. cit., p. 341.
(11) Julien Laferrière, Dalloz 1977, op. cit., p. 529.
(12) Voir spécialement X. Philippe, "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles", Économica-PUAM, 1990, p. 173.
(13) X. Phillipe, "Le contrôle de proportionnalité...", op. cit., p. 173.

satisfaction pour procéder à une expulsion car "en cette matière, il est assez facile d'invoquer des motifs généraux ou de façade qui permettraient à l'auteur de la décision de s'affranchir facilement des exigences de la légalité" (14).

Le juge administratif faisant preuve d'audace dans le domaine de la "haute police" a voulu aller plus loin qu'une simple dilution de l'élément pénal en optant pour une appréciation objective des faits.

B - La préférence pour une appréciation objective des faits

Cette objectivité découle de la jurisprudence Dridi (15) qui impose à l'autorité administrative compétente l'obligation de prendre connaissance de "l'ensemble des circonstances de l'affaire".

Précisant les directions de l'action ministérielle, la Haute juridiction ajoute dans cette affaire "*qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la commission spéciale, puis le ministre n'aient pas examiné l'ensemble des éléments relatifs au comportement du sieur Dridi et aux différents aspects de sa situation, afin de déterminer si, après les infractions commises par ce dernier en 1974, sa présence sur le territoire français constituait ou non une menace pour l'ordre public*" (16).

Le juge ici ne fait qu'exprimer l'idée selon laquelle "La jurisprudence fait obligation à l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision individuelle pour laquelle elle n'a pas compétence liée" (17).

Un tel examen s'imposera d'autant plus que dans le cadre de la procédure de l'article 26, l'expulsion se fait par dérogation à l'article 24, sans consultation de la commission spécialisée. À cet effet, il est symptomatique de relever que la doctrine administrative a fait sienne cette position successivement dans deux circulaires récentes du Ministère de l'Intérieur (18).

Désormais le lien automatique entre le passé pénal et la mesure d'expulsion est réduit au profit d'une approche constructive du calendrier "événementiel" dont l'étranger est le principal acteur. Le même objectif a été poursuivi lorsque le tribunal administratif examine in concreto "*qu'eu égard à l'ancienneté des faits commis et à son comportement tant durant sa détention qu'après sa sortie, intervenue après qu'il eut bénéficié d'une importante réduction de peine, l'expulsion ne constituait pas une nécessité impérieuse pour la sécurité publique*".

À travers cette démarche, le juge intègre dans sa décision le concept de sanctions pénales dont "les auteurs sont unanimes pour affirmer la nécessité d'attacher une valeur thérapeutique à la sanction, d'en faire un instrument de resocialisation" (19).

C'est à cette vérification qu'a procédé la juridiction à propos du comportement de M. Ait Slimane. Tout d'abord, l'ancienneté des faits tend à montrer qu'entre leur commission et le jour de l'audience le requérant ne se trouvait pas dans la situation de récidiviste.

---

(14) X. Phillipe, "Le contrôle de proportionnalité...", op. cit., p. 173.
(15) CE Assemblée, 21/01/1977, Leb. p. 38, précité.
(16) La solution est constante et dans un arrêt récent Beldjoudi (CE 18/01/1991, Rec. p. 19) le juge a réaffirmé *"que la mesure a été prise par le Ministre après que celui-ci a pris en considération non les seules condamnations pénales mais l'ensemble du comportement de l'intéressé"*.
(17) B. Genevois, Conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 21/01/1977, G.P. 1977, op. cit., p. 342.
(18) - Circulaire du 2/08/1989 relative à l'application de la loi n° 89-548 du 2/08/1989 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Actualité législative, Dalloz, 1989, p. 281-43.
- Circulaire du 25/10/1991, RFDA 1992, p. 527.
(19) J. Pradel, "Droit pénal général", Cujas 1992, p. 531, n° 516.

Le juge insiste sur le fait que son attitude, non pas exemplaire, mais du moins évolutive par rapport à la fonction rétributive de la peine va dans le sens d'une mutation lui valent les faveurs de l'administration pénitentiaire. L'analyse se poursuit lorsque le prévenu est à nouveau au contact de la collectivité humaine libre.

C'est peut-être le moment le plus important où le juge va forger sa conviction sur la valeur de l'individu confronté à "l'ivresse" de la liberté. Plus qu'une "sobriété", le jugement n'éprouve même pas le besoin de noter que M. Ait Slimane faisait l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence pour démontrer qu'il n'est pas directement lié à la normalité de son comportement.

L'existence d'un mécanisme répressif (alinéa 3 de l'article 28) ne peut véritablement être considéré comme un moyen susceptible de juguler une tentative pénalement réprimée. Une chose est du moins sûre en criminologie, c'est que l'on ne peut poser l'axiome selon lequel "l'homme est un être de raison, ayant une conscience claire des impératifs moraux" (20).

Globalement, c'est ce dernier point qui a permis au juge administratif d'attester de la sensibilité du requérant à ce standard social.

Cette première étape dans le travail du juge l'autorise à refuser l'argument tiré de la nécessité impérieuse pour la sécurité publique dont la spécificité ne doit être invoquée qu'en présence de circonstances particulières.

Tirant les leçons de cette continuité jurisprudentielle (21), les pouvoirs publics (22) estiment que les conditions matérielles de l'article 26 seraient généralement remplies dans l'une des quatre hypothèses :

- atteinte à la sûreté de l'État,
- actions ou menaces terroristes,
- faits d'une gravité particulière : meurtre, viol, coups et blessures volontaires avec circonstances aggravantes,
- actes de violences graves contre les personnes et les biens.

Ces indications ne pouvaient donc qu'inciter le juge à ramener les faits à leur juste proportion pour rejeter toute la défense de l'Administration fondée sur ceux-ci. Reste que la décision de justice ne s'est pas contentée d'examiner la matérialité des circonstances vis-à-vis de l'article 26, suffisant pour annuler l'arrêté l'expulsion. Elle est allée au-delà en portant un regard particulièrement critique sur l'élément temporel auquel se rattache la notion d'urgence absolue.

II - LE CONTRÔLE SUR L'ÉLÉMENT TEMPOREL : L'URGENCE ABSOLUE

La rédaction de l'article 26 ne laisse planer aucun doute sur l'exigence de deux conditions pour que soit mise en œuvre cette procédure exceptionnelle. Leur caractère cumulatif dispensait donc la juridiction de première instance de procéder à un tel contrôle de légalité sur ce point précis. Et l'incidente "au surplus" exprime la volonté du juge de s'immiscer, autant que faire se peut, dans un secteur où "la discrétionnarité" est légion. Cette opération n'a pu être réalisée sans difficulté si la notion n'est pas précisément définie (A). Au vu des résultats de cette qualification,

(20) J. Pradel, "Droit pénal général", Cujas 1992, p. 527, n° 514.
(21) - CE 25/05/1977, Pagoaga Gallas - Tiguir, Leb. 245 : expulsion de membres d'un groupement autonomiste armé opérant à la frontière franco-espagnole.
- CE 28/11/1980, Epx Banach (Req. n° 20635) : lien avec les services de renseignements d'une puissance étrangère.
- CE 30/11/1984, Di Vicenzo, Leb. p. 692.
(22) Circulaire du 2/08/1989, ALD, 1989, op. cit., p. 281-44.

c'est l'appréciation jurisprudentielle qui prend le relais dans le sens d'une interprétation stricte.

A - La notion d'urgence absolue

Meilleure représentation de ce pouvoir, le contrôle de l'urgence absolue a subi le même sort sur le plan contentieux. En effet, jusque dans les années 1970, le Conseil d'État s'est toujours refusé de donner une suite à ce moyen en estimant que "le contrôle de l'appréciation faite par le Ministre de l'Intérieur en vertu de cette disposition en ce qui concerne la réalité de l'urgence et son caractère échappe au Conseil d'État statuant au contentieux" (23).

Il a fallu attendre l'arrêt Mihoubi Mohand Tayeb pour que le juge introduise cet élément dans le débat de l'excès de pouvoir (24).

Sortie des abîmes, la juridiction administrative s'est dotée des moyens nécessaires pour examiner un concept dont l'immunité juridictionnelle donnait un premier aperçu de sa texture. De ce fait, reste entière la question de savoir à partir de quand la gravité de certains faits entraîne-t-elle ipso facto le déploiement de l'urgence absolue. La réponse apparaît difficile car l'urgence concerne "une modalité d'application subjective de la part du ministre" (25). Malgré ce trait marquant la décision de l'autorité publique est toujours emprunte d'un certain degré de rationalité. L'élément déclenchant se rencontre essentiellement dans les événements justifiant la rapidité remarquable de l'expulsion. M. Gabolde écrit par exemple que "la caractéristique dominante de l'urgence est d'être une notion de pure fait. L'administration placée en face de certains problèmes, de certaines difficultés ou de certains événements peut estimer que la situation présente un caractère d'urgence. Ce sont les faits et eux seuls qui motivent en principe la décision administrative ou jurisprudentielle de considérer les circonstances d'une espèce déterminée comme urgentes" (26). Par conséquent, en elle-même la notion d'urgence absolue ne signifie absolument rien si elle ne s'inscrit pas dans un contexte factuel lui donnant juridiquement une raison d'être. Concrètement, les éléments temporel et matériel doivent recevoir une application instantanée pour légitimer l'action administrative. Dès lors, l'urgence absolue peut être appréciée tant par rapport à la réalité de la nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique, qu'en ce qui concerne la promptitude dans l'exécution de la mesure d'expulsion.

S'agissant du premier paramètre, le tribunal d'Orléans a constaté qu'une telle absence ne pouvait maintenir en l'état la seconde condition tenant à l'urgence absolue. Cela ne ressort pas clairement du jugement mais le lien fonctionnel issu de l'objectif de l'article 26 ne permettait d'envisager aucune autre possibilité. Dans ce contexte, il est juridiquement impossible qu'une expulsion soit fondée uniquement sur l'urgence absolue sans tenir compte des faits qui l'ont motivée. Ici le phénomène de la connexité (27) processuelle trouve à s'appliquer pour éviter de libéraliser une prérogative déjà trop discrétionnaire. De la même façon, le tribunal administratif a donné une lecture stricte du second trait tenant à l'exécution de la mesure.

---

(23) CE 24/10/1952, Eckert, Rec. p. 467 ; Sirey 1953/3, p. 51, note G. Tixier.
(24) CE 16/01/.1970, Leb. p. 25 ; Droit social 1977, p. 122, obs. J.-Y. Plouvin (spéc. p. 130).
(25) Conclusions du commissaire du gouvernement Jacomet sous CE 4/02/1955, Delle Molinelli, RPDA 1955, p. 79/
(26) Ch. Gabolde, "Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français", Thèse de Doctorat, Paris 1951, p. 120.
(27) Pour une étude d'ensemble de cette délicate question, voir la thèse de Martine Exposito, "La connexité", Aix-en-Provence, décembre 1992, 2 tomes.

B - L'interprétation stricte de l'exécution de la mesure

Une telle solution était inévitable à la lumière du dispositif d'ensemble du mécanisme de l'expulsion. Tout d'abord il faut avoir à l'esprit que l'assignation à résidence de l'article 28 alinéa 1 ne peut normalement intervenir qu'après la mise en œuvre de la procédure d'expulsion. Cependant ce principe est immédiatement atténué par l'alinéa 2 prévoyant que "*la même mesure d'assignation peut en cas de nécessité urgente être appliquée aux étrangers qui font l'objet d'une proposition d'expulsion*". Cela pouvait donc concerner directement M. Ait Slimane puisque la condition de la nécessité impérieuse trouvait un écho favorable dans les motifs de l'article 26 sur lesquels l'autorité préfectorale a fondé sa décision. La logique de l'urgence absolue ayant ses limites, le législateur a précisé in fine de cet alinéa que "*dans ce cas, la mesure ne peut excéder un mois*". Pour le cas de M. Ait Slimane la fixation domiciliaire ayant dépassée de huit mois la période légale autorisée, on est en droit de se demander quel est le bien fondé de cette mesure administrative dont l'assignation est l'une des premières pièces. La solution du tribunal interprète strictement la mise en œuvre de cette répression administrative. Cette position semble être animée par une double considération. D'une part, il s'agit de ne pas vider le texte de 1945 de toute sa substance. Ici c'est la préservation de l'ordre public qui se trouve directement concernée si les pouvoirs publics ne prennent rapidement aucune mesure pour se "séparer" d'un individu susceptible de porter atteinte à cette règle essentielle de notre société. D'autre part, c'est l'étranger qui tend à être protégé contre l'utilisation abusive de moyens juridiques détournés de leurs fonctions politiques initiales. La preuve en est que les magistrats condamnent l'État sur la base de l'article L 8-1 (28) à verser du requérant la somme de 5.000 francs. En effet, il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire surtout que rétrospectivement les événements reprochés ne constituaient plus une nécessité impérieuse pour la sécurité publique. À cela s'ajoute le fait que durant sa période d'assignation le pétitionnaire se voyait régulièrement renouvelé ses papiers (29). Devant cette contradiction administrative il est difficile alors de trouver à l'urgence absolue une quelconque justification apte à emporter la décision des juges. Dans la même perspective, il n'est pas dit qu'une autre période (30), toute aussi longue, s'écoulera jusqu'au moment de l'embarquement pour une autre destination.

Alors les faits reprochés, sur lesquels se fondait la décision attaquée, seront de plus en plus marqués du sceau de l'oubli. À un point tel, sous réserve du comportement de l'individu, que l'urgence absolue n'aura plus aucune existence juridique. Pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État admet que la puissance publique puisse recourir à la procédure dérogatoire car est constitutive de l'urgence absolue l'imminence de la sortie de prison de l'étranger en cause (31). À cela, le pouvoir central ajoute, à propos de ce point précis : "pour me permettre d'apprécier l'imminence vous me transmettrez toute information sur la date prévisionnelle de levée d'écrou que vous pourrez recueillir auprès du greffe pénitentiaire ou du parquet" (32).

---

(28) Article L 8-1 du Code des TA et des CAA est rédigé dans les termes suivants :
L. 8-1 (L. n° 91-647 du 10 juil. 1991) Dans toutes les instances devants les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.
(29) Le Monde, 26/02/1992, op. cit., p. 10, article Ph. Bernard.
(30) Cela apparaîtra d'autant plus réalisable que la rédaction de l'article 28 de l'Ordonnance de 1945 laisse entendre que l'organisation du départ reste à l'initiative de l'expulsé.
(31) CE 12/05/1989, Oulmi, Req. n° 82-235.
(32) Circulaire du 2/08/1989, ALD 1989, op. cit., p. 281-45.

C'est dire que le juge essaie d'établir une certaine cohérence autour d'un concept dont on a du mal à mesurer les contours et les limites.

Globalement le juge administratif a su faire évoluer la nature de son contrôle dans un domaine où il était souvent absent (33). C'est peut-être l'introuvable définition du pouvoir discrétionnaire qui autorise le juge à s'émanciper d'un système juridique dont il n'est pas nécessairement le serviteur. Sans doute est-il exact que le juge sera d'autant plus enclin à contrôler l'appréciation des faits par l'administration que la loi est plus explicite sur les conditions dans lesquelles l'autorité administrative est autorisée ou invitée à intervenir ; mais il arrive qu'il se refuse à tirer parti des indications que lui donne le législateur et, à l'inverse le silence du législateur ne fait pas nécessairement obstacle à l'extension du contrôle du juge (34).

L'élasticité rédactionnelle de l'ordonnance de 1945 fait la synthèse de ces deux derniers points et a permis la construction d'un droit jurisprudentiel de l'étranger. Ce nouvel édifice normatif contribue au développement du principe de légalité rattaché à l'État de droit. Cette élaboration serait complète si l'on avait à l'esprit la philosophie du pouvoir discrétionnaire dont le professeur Loschak en dresse un tableau inquiétant : "C'est sur le plan économique que se situe la justification de la situation infériorité. L'immigration, à l'heure actuelle, est conçue comme devant servir d'abord et avant tout les intérêts de l'économie française : les étrangers constituent un volant de main d'œuvre qui doit rester extensible ou compressible au gré de la conjoncture économique. Ceci explique la législation par circulaire comme l'étendue du pouvoir discrétionnaire accordé aux autorités responsables de la main d'œuvre ou de la police, qui conservent toujours, en dernier ressort, la possibilité de mettre fin au séjour du travailleur devenu improductif -ou trop remuant"- (35). La crise de l'emploi que nous traversons actuellement, les problèmes liés à la question de l'intégration, la montée de l'extrême droite ne peuvent que confirmer une telle présentation de notre société.

Ce pessimisme reflète la substitution du politique à la technique juridique. Néanmoins, avec le projet de réforme de la Constitution et l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, gageons que la politique soit véritablement saisie par le droit (36) afin de donner naissance à un véritable "statut constitutionnel de l'étranger" (37).

(33) Voir en ce sens, D. Loschack, "Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'Administration", in "Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", Institut Français des Sciences Administratives, Édition Cujas 1978, Cahiers n° 16, p. 17.
(34) Jean Kham, "Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", in "Le pouvoir discrétionnaire...", Institut Français des Sciences Administratives, op. cit., p. 11.
(35) D. Loschak, "Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'Administration", op. cit., p. 24.
(36) L. Favoreu, "La politique saisie par le droit", Économica, 1988.
(37) P. Gaïa, Note sous Conseil constitutionnel 92-307, DC du 25/02/1992, RFDC, 1992/10, p. 311.

ANNEXE N° 1

EXTRAITS DE L'ORDONNANCE DU 2/11/1945
relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

CHAPITRE V - DE L'EXPULSION

Art. 23 (*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 11*). - Sous réserve des dispositions de l'article 25, l'expulsion peut être prononcée par arrêté du ministre de l'Intérieur si la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public.

L'arrêté d'expulsion peut à tout moment être abrogé par le ministre de l'Intérieur. Lorsque la demande d'abrogation est présentée à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'exécution effective de l'arrêté d'expulsion, elle ne peut être rejetée que sur avis conforme de la commission prévue à l'article 24, devant laquelle l'intéressé peut se faire représenter.

(*L. n. 86-1025 du 9 sept. 1986*) Dans les départements d'outre-mer, l'expulsion peut être prononcée par le représentant de l'État.

Art. 24 (*L. n. 81-973 du 29 oct. 1981*). - L'expulsion prévue à l'article 23 ne peut être prononcée que dans les conditions suivantes :

1° L'étranger est convoqué pour être entendu par une commission siégeant sur convocation du préfet et composée :

Du président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, ou d'un juge délégué par lui, président ;

D'un magistrat désigné par l'assemblée général du tribunal de grande instance du chef-lieu du département ;

D'un conseiller du tribunal administratif.

Le chef du service des étrangers à la préfecture assure les fonctions de rapporteur ; le directeur départemental de l'action sanitaire et sociale ou son représentant est entendu par la commission ; ils n'assistent pas à la délibération de la commission.

La convocation, qui doit être remise à l'étranger (*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 12*) quinze jours au moins avant la réunion de la commission, précise que celui-ci a le droit d'être assisté d'un conseil ou de toute personne de son choix et d'être entendu avec un interprète.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide judiciaire dans les conditions prévues par la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972. Cette faculté est indiquée dans la convocation. L'admission provisoire à l'aide judiciaire peut être prononcée par le président de la commission.

Les débats de la commission sont publics. Le président veille à l'ordrê de la séance. Tout ce qu'il ordonne pour l'assurer doit être immédiatement exécuté. Devant la commission, l'étranger peut faire valoir toutes les raisons qui militent contre son expulsion. Un procès-verbal enregistrant les explications de l'étranger est transmis, avec l'avis (*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 12*) motivé de la commission, au ministre de l'intérieur qui statue. L'avis de la commission est également communiqué à l'intéressé.

3° (*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 12*). - Ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 :

Art. 25 (*L. n. 81-973 du 29 oct. 1981*). - Ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 :

(*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 13*) 1° L'étranger mineur de dix-huit ans ;

2° L'étranger qui justifie, par tous moyens, résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans ;

3° L'étranger qui justifie par tous moyens résident en France habituellement depuis plus de quinze ans ainsi que l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans ;

4° L'étranger, marié depuis au moins six mois, dont le conjoint est de nationalité française ;

5° L'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins ;

6° L'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 p. 100 ;

7° L'étranger résidant régulièrement en France sous couvert de l'un des titres de séjour prévus par la présente ordonnance ou les conventions internationales qui n'a pas été condamné définitivement à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis.

Toutefois, par dérogation au 1° ci-dessus, peut être expulsé tout étranger qui a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée quelconque pour une infraction prévue aux articles 4 et 8 de la loi n. 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, à l'article L. 364-2-1 du Code du travail ou aux articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal.

Les étrangers mentionnés aux 1° à 6° ne peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en application de l'article 22 de la présente ordonnance ou d'une mesure judiciaire d'interdiction du territoire en application de l'article 19 de la même ordonnance.

Art. 26 (*L. n. 89-548 du 2 août 1989, art. 14*). - En cas d'urgence absolue et par dérogation aux articles 23 à 25, l'expulsion peut être prononcée lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique.

Cette procédure ne peut toutefois être appliquée aux étrangers mentionnés au 1° de l'article 25.

CHAPITRE V bis - DISPOSITIONS COMMUNES À LA RECONDUITE À LA FRONTIÈRE ET À L'EXPULSION
(*L. n. 86-1025 du 9 sept. 1986*)

Art. 26 bis (*L. n. 90-34 du 10 janv. 1990, art. 2*). - L'arrêté prononçant l'expulsion d'un étranger peut être exécuté d'office par l'administration. Il en est de même de l'arrêté de reconduite à la frontière qui n'a pas été contesté devant le président du tribunal administratif ou son délégué dans le délai prévu à l'article 22 bis de la présente ordonnance ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation en première instance ou en appel dans les conditions fixées au même article.

Art. 27. - Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, aura

pénétré de nouveau sans autorisation sur le territoire national, sera puni d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement.

Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre du condamné l'interdiction du territoire pour une durée n'excédant pas dix ans.

L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

Art. 28 (*L. n. 81-973 du 29 oct. 1981*). - L'étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion (*L. n. 86-1025 du 9 sept. 1986*) ou qui doit être reconduit à la frontière et qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays peut, par dérogation à l'article 35 bis, être astreint par arrêté du ministre de l'intérieur à résider dans les lieux qui lui sont fixés, dans lesquels il doit se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie.

La même mesure peut, en cas de nécessité urgente, être appliquée aux étrangers qui font l'objet d'une proposition d'expulsion. Dans ce cas, la mesure ne peut excéder un mois.

Les étrangers qui n'auront pas rejoint dans les délais prescrits la résidence qui leur est assignée ou qui, ultérieurement, ont quitté cette résidence sans autorisation du ministre de l'Intérieur, sont passibles d'un emprisonnement de six mois à trois ans.

ANNEXE N° 2

INST. N° 911755 et 911756
M. Achour AIT SLIMANE

République Française
Tribunal Administratif d'Orléans
(Troisième Chambre)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS,

Police des Étrangers (Expulsion)
DÉCISION LUE LE 4 FÉVRIER 1992 en audience publique

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF,

1°) Vu, enregistrée au greffe du Tribunal Administratif le 12 décembre 1991, **sous le numéro 911755,** la requête présentée par la S.C.P. CORNEVAUX-MIKOWSKI-SIGAUT, avocats au barreau de PARIS, pour M. Achour AIT SLIMANE, demeurant 48, rue Jean Picot à VIERZON (18100), et tendant à l'annulation : a) de l'arrêté du 5 novembre 1991 par lequel le Ministre de l'Intérieur lui a enjoint de quitter le territoire français ; b) de l'arrêté du 5 novembre 1991 par lequel la même autorité a abrogé l'arrêté du 8 février 1991 l'assignant à résidence dans le département du Cher ; c) de l'arrêté du 19 novembre 1991 par lequel le préfet du Cher a abrogé l'arrêté du 13 février 1991 l'assignant à résidence dans l'arrondissement de VIERZON ;

2°) Vu, enregistrée comme ci-dessus le 12 décembre 1991, **sous le numéro 911756,** la requête présentée par la S.C.P. CORNEVAUX-MIKOWSKI-SIGAUT pour M. AIT SLIMANE et tendant à ce que le Tribunal ordonne qu'il soit sursis à l'exécution des trois décisions susvisées ;

Vu les décisions attaquées ;
Vu les autres pièces produites et jointes aux dossiers ;
Vu les notes du greffe constatant la communication aux parties des requêtes, mémoires et pièces susvisés ;
Vu les pièces et notes du greffe constatant que les parties ont été convoquées à l'audience ;
Vu le Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel ;
Vu la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 ;
Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 ;
Après avoir entendu, **à l'audience publique du 21 JANVIER 1992** :
- le rapport de Mme SILL, Conseiller ;
- les observations de Me MIKOWSKI, avocat au barreau de PARIS, au nom de M. AIT SLIMANE ;
- les conclusions de M. FORMERY, Commissaire du Gouvernement ;

SUR LA JONCTION :

Considérant que les deux requêtes susvisées présentent à juger la même question ; qu'il y a lieu de les joindre pour y statuer par un seul jugement ;

SUR LA REQUÊTE N° 911755 :

En ce qui concerne les conclusions dirigées contre l'arrêté d'expulsion -

Considérant qu'aux termes de l'article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France : "En cas d'urgence absolue, et par dérogation aux articles 23 à 25, l'expulsion peut être prononcée lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique" ;

Considérant que pour prononcer par arrêté du 5 novembre 1991 l'expulsion du territoire français de M. Achour AIT SLIMANE, selon la procédure dérogatoire, visée à l'article 26 de l'ordonnance précitée, le Ministre de l'Intérieur s'est fondé sur les faits commis par l'intéressé et consistant, en 1983, en un vol avec violence et en réunion ayant donné lieu à une condamnation à cinq ans d'emprisonnement et, en 1984, en une infraction à la législation sur les stupéfiants, couverte par l'amnistie, en vertu des dispositions de la loi du 20 juillet 1988 ; que la gravité des faits reprochés à M. AIT SLIMANE, nonobstant leur caractère délictueux, n'est pas telle que l'expulsion de ce dernier, eu égard à l'ancienneté des faits commis et à son comportement tant durant sa détention qu'après sa sortie de prison, intervenue après qu'il eût bénéficié d'une importante réduction de peine, constitue une nécessité impérieuse pour la sécurité publique ; qu'au surplus, la libération de M. AIT SLIMANE étant intervenue depuis plus de neuf mois à la date à laquelle a été pris l'arrêté litigieux, son expulsion du territoire français ne revêtait aucun caractère d'urgence absolue ; qu'il suit de là que M. AIT SLIMANE est fondé à soutenir que l'arrêté du 5 novembre 1991 ordonnant son expulsion est entaché d'excès de pouvoir et doit être annulé ;

En ce qui concerne les autres conclusions -

Considérant que M. AIT SLIMANE demande également l'annulation, d'une part, de l'arrêté en date du 5 novembre 1991 par lequel le Ministre de l'Intérieur a abrogé l'arrêté du 8 février 1991 l'assignant à résidence dans le département du Cher, d'autre part, de l'arrêté en date du 19 novembre 1991 par lequel le préfet du Cher a abrogé l'arrêté du 13 février 1991 l'assignant à résidence dans l'arrondissement de VIERZON ; que ces conclusions ne sont assorties d'aucun moyen de droit ou de fait ; qu'elles sont donc irrecevables et ne peuvent qu'être rejetées ;

SUR LA REQUÊTE N° 911756 :

Considérant que l'affaire ayant été jugée au fond, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions présentées à fin de sursis à exécution ;

Considérant que, dans les circonstances de l'affaire, il y a lieu, par application de l'article L 8-1 du Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel susvisé, de condamner le Ministre de l'Intérieur à verser à M. AIT SLIMANE la somme de 5.000 francs ;

DECIDE:

Article 1er. - L'arrêté du 5 novembre 1991 prononçant l'expulsion du territoire français de M. Achour AIT SLIMANE est annulé.

Article 2. - Le Ministre de l'Intérieur est condamné à verser à M. AIT SLIMANE la somme de cinq mille francs (5.000 Frs).

Article 3. - Le surplus des conclusions de la requête n° 911755 est rejeté.

Article 4. - Il n'y a lieu de statuer sur les conclusions de la requête n° 911756.

Article 5. - Expéditions du présent jugement seront notifiées à M. Achour AIT SLIMANE, au Ministre de l'Intérieur et au préfet du Cher.

Délibéré dans la séance du vingt-et-un janvier mil neuf cent quatre-vingt-douze où siégeaient : Mme JEANGIRARD-DUFAL, Président ; Mme SILL, Conseiller-Rapporteur ; M. HOUIST, Conseiller.

Le Président,	Le Rapporteur,	Le Greffier,
C. JEANGIRARD-DUFAL.	J. SILL.	T. D'ASTIER D'USSEL.

La République mande et ordonne au Ministre de l'Intérieur et au préfet du Cher, chacun en ce qui le concerne, et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1993

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

- Derniers ouvrages parus :

Guillaume CHAMPY :

La fraude informatique

Préface G. Di Marino

Tomes I et II, 820 pages - Prix : 220 F

Jean-Jacques ALEXANDRE :

La prestation de conseil juridique en droit français

Préface de R. Bout

Tomes I et II, 842 pages - Prix : 230 F

Droit pénal européen des mineurs

Colloque Aix-en-Provence 1991

260 pages - Prix : 200 F

Prévention de la criminalité en milieu urbain

XVIII[e] Congrès de l'Association Française de Criminologie
Aix-en-Provence 1992

270 pages - Prix : 230 F

L'Europe des professions

Colloque du Centre d'Études des relations sociales internationales avec le concours de la Commission des Communautés européennes
Aix-en-Provence 1992

168 pages - Prix : 115 F

C. ATIAS :

Science des légistes, savoir des juristes

3[e] Édition 1993

148 pages - Prix : 120 F

État et pouvoir - L'idée européenne

Actes du Colloque de Toulouse (1991) de l'Association française des historiens des idées politiques

352 pages - Prix : 250 F

I.S.S.N 0249 - 8731

III - Droit International public

— André ORAISON, Réflexions sur « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » (flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées).

IV - Philosophie du droit

— Jean-François NIORT, Formes et limites du positivisme juridique.

— Olivier PLAYOUST, Normativité et légitimité du droit.

V - Droit Comparé

— Jean-Jacques LAVENUE, L'Islam et les Constitutions algériennes.

— Sami KHALLEL, La législation tunisienne en matière de réception des programmes de télévision par satellites.

VI - Méthodologie

— Olivier LALIGANT, Indications théoriques et pratiques en introduction à un cours et des travaux dirigés de Droit civil de 1re année.

VII - Variétés

— Frank J. FARNEL, Le lobbying : un management en constante évolution.

- Raymond TREMOLIERES, Formulation mathématique de textes juridiques.

VIII - Commentaires d'arrêts

— Alain BOYER, Territoire d'outre-mer : des ministres nommés sous contrôle du juge administratif (Commentaire de Conseil d'État, 15 janvier 1992).

— Lakhdar BOUMAZA, Le contentieux de la procédure d'expulsion en urgence absolue (commentaire de Tribunal administratif d'Orléans, 4 février 1992).

Aix - Imp. PAUL ROUBAUD - G

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

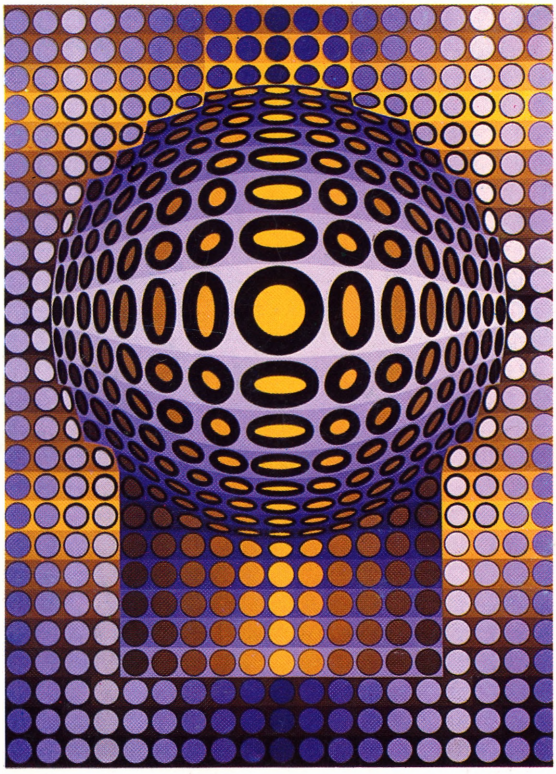


TABLE DES MATIÈRES

- Éditorial

Leçon inaugurale (Aix-en-Provence, 27 janvier 1993)

— Emmanuel PUTMAN, Les mots du droit chez Saint-John Perse.

I - Articles

— Jérôme LEJEUNE, Le généticien face à la bioéthique.

— Marc FOLLANA-MASSOT et Bérengère LASSALLE, Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil.

(Suite page 4)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1993 - 2

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

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

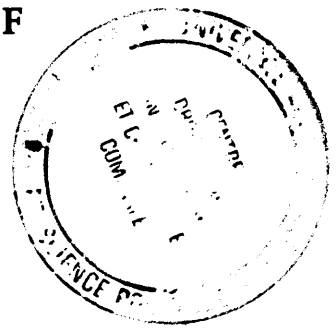
Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1993

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1993-2



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

Abréviation de référence : R. R. J.

N° XVIII - 53 (18ème année - 53e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (+)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

--*-*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1993

Abonnement de Soutien : 600 F
Abonnement (France) : 400 F
Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL 325

LEÇON INAUGURALE (Aix-en-Provence, 27 janvier 1993)
- Emmanuel PUTMAN, **Les mots du droit chez Saint-John Perse** 327

I - ARTICLES

- Jérôme LEJEUNE, **Le généticien face à la bioéthique** 337

- Marc FOLLANA-MASSOT et Bérengère LASSALLE, **Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil** 349

- Anne ENSMINGER, **Saisir le vif : contours et couleurs croqués par le droit de la route** 379

- Xavier AGOSTINELLI, **Société et cautionnement** 439

- Geneviève KOUBI, **Le droit à la différence, un droit à l'indifférence** 451

- Maurice-Pierre ROY, **Madagascar, La Constitution de la troisième République du 19 août 1992** 465

- Didier JEAN-PIERRE et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, **Le principe de l'égalité des armes** 489

- Patrice COLLAS, **Souveraineté des États et entreprises supranationales** 511

- Éric GASPARINI, **La greffe d'une institution italienne : le Podestat dans les statuts communaux corses (XIIème-XVème siècles)** 531

- Solange SEGALA, **Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité** 551

Le droit face au pluralisme

- Norbert ROULAND, **Le pluralisme juridique en anthropologie** 567

- Jacques VENDERLINDEN, **Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique** 573

- Alain SÉRIAUX, **Pluralisme juridique et droit naturel**..... 585

- François RIGAUX, **La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international**..... 591

- Alain BISSONNETTE, **La redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada à l'aide d'une étude de cas**..... 603

- Gérard SOULIER, **Droits des minorités et pluralisme juridique**..... 625

- Jean MALAURIE, **Quelques réflexions méthodologiques**..... 639

II - COMMENTAIRES DE DÉCISIONS DE JUSTICE

- **Le contrôle de la mise en œuvre de la convention fiscale État-territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances**
Note Alain BOYER sous CE. Ass. 19 avril 1991 Faure, Rec. 145 645

- **L'éternelle jeunesse de la notion d'acte de gouvernement**
Commentaire par Jean-François POLI de l'arrêt du Conseil d'État du 23 septembre 1992, "Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et mouvement contre le racisme pour l'amitié entre les peuples (MRAP) 665

III - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- **"L'esprit du don"** par E. GODBOUT
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 679

- **"La vie privée, une liberté parmi les autres ?"** par François RIGAUX
(Présentation par Emmanuel PUTMAN) 685

ÉDITORIAL

RETOUR AUX JUGES...

Voilà une fois de plus nos juges sur la sellette. On a l'impression que la magistrature est un gisement inépuisable pour les sarcasmes et les controverses.

Courteline et Racine viennent brocarder les gens de robe cependant que Daumier les croque cruellement, sans parler des vertes critiques d'un Casamayor.

D'une certaine façon, il y a là un hommage : les magistrats n'encourraient point cet excès d'indignité s'ils n'étaient voués à un surcroît de majesté. C'est que la magistrature est l'un des premiers corps de l'État. Elle gère, jour après jour, juridiction par juridiction, le quotidien de l'État de droit. Il ne suffit point, loin s'en faut, de belles lois, d'excellents principes voire même de règles constitutionnelles subtilement nuancées et équilibrées, et doctement interprétées. Il faut encore, dans l'humilité que comporte tout enracinement dans le concret des existences humaines, que des hommes et des femmes disent le droit.

Tâche exaltante et difficile qui requiert, au minimum, deux conditions fondamentales.

Les juges doivent, tout d'abord, être formés à l'exercice de leur art. Juger est un métier qui, comme tout autre, exige un apprentissage. Il s'agit, naturellement, de la connaissance du droit c'est-à-dire, indivisiblement, de la connaissance du contenu des règles comme de leur esprit. Ceci suppose, d'une certaine façon, une "intelligence" du droit. Comme l'observait J. Lecanuet : "*Le rapport du juge à la loi n'est ni un rapport d'aveugle soumission, ni un rapport de commodité ou de convenance, il est un rapport de fidélité*" (Discours pour l'inauguration du Palais de Justice de Bayonne, 18 septembre 1975).

Il n'est pas sûr que nous, enseignants de droit, sachions toujours faire passer cette intelligence du droit pour que les têtes bien faites se dressent plus haut que les têtes bien pleines. L'inflation des programmes, la nature des exercices exigés de nos étudiants, un positivisme rampant qu'attise un législateur envahissant, tatillon, méticuleux jusqu'à l'excès, ne favorisent point cette indépendance généreuse de l'esprit qu'illustrèrent métaphoriquement et symboliquement Salomon et Saint Louis.

Les juges doivent, en second lieu, être mis en mesure d'exercer tranquillement leur fonction. C'est loin d'être le cas en toutes circonstances aujourd'hui. Dans une société ravagée par une médiatisation

diabolique où les perversités cumulées des média et de leurs destinataires se nourrissent mutuellement de leur dévorante boulimie de sensationnel et de superficiel, il est difficile au juge de savoir raison garder.

L'agencement même du système français de magistrature est lui-même en cause. D'abord parce qu'il est un "système" au sens où l'entendent les sociologues des organisations. Juger est un colloque singulier où le juge, fut-il collégial, est confronté à une question de droit. Celle-ci est un cas particulier qui ne concerne que des êtres singuliers qui vivent dans leur chair ou dans leur âme, parfois comme un drame, l'objet du litige qui a provoqué le recours au juge. Celui-ci n'est pas un régulateur des conduites sociales, un législateur supplétif, un psychanalyste des foules.

On le dit si souvent que le sens de la formule a fini par s'émousser et pourtant là est l'essentiel : "Laissons les juges faire leur travail". Là est toute la recette.

Que chacun s'abstienne, à commencer par les pouvoirs publics, mais aussi les hommes politiques et les journalistes (de presse écrite comme de l'audiovisuel), d'interférer dans les sentences, de commenter excessivement les décisions, de scruter l'âme des juges (la "paille" et la "poutre" valent aussi en ce cas).

Que le juge ne soit pas un personnage sacré, qu'il ait ses faiblesses et ses passions, ses convictions comme ses répulsions, c'est une évidence. C'est même là sa grandeur : pouvoir sortir de soi pour faire produire le meilleur de ce que la règle peut donner ; rester soi-même sans se renier et demeurer d'une entière sérénité qui est le gage irremplaçable d'une humaine objectivité, c'est-à-dire une objectivité limitée mais éclairée par le savoir et l'honnêteté.

De grâce laissons la paix à ceux qui, en notre nom, ne l'oublions pas, tranchent les questions, que leur soumettent les citoyens, avec force de vérité légale.

On pourra toujours épiloguer sur des arrêts critiquables, des solutions sévères ou inopportunes, des personnalités contestables. Il faut fortement rappeler que ce n'est pas par ses éventuelles bavures -au demeurant très rares- que l'on doit juger d'un corps même s'il est l'un des plus prestigieux de l'État.

De la liberté avant toute chose, voilà ce que requiert urgemment notre magistrature. Pour le reste, souvenons-nous avec Pascal que "*L'homme n'est ni ange ni bête ; et le malheur veut que qui veut faire l'ange fait la bête*".

Jean-Claude RICCI

LES MOTS DU DROIT CHEZ SAINT-JOHN PERSE (*)

Par

Emmanuel PUTMAN
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Me souvenant de mon collègue Antoine Leca (1), qui parlait l'an passé de robe et de couleur, il m'est venu l'envie, illicite peut-être en cette maison du Droit, d'être quelques instants le frauduleux porteur de robe jaune, le littéraire manqué, juriste d'adhésion, en qui je me retrouve. Quand on a fait son Droit comme d'autres leurs dents de sagesse (je vole ce bon mot au Doyen Carbonnier) on sait que la sagesse -et les dents !- viennent avec douleur. Qu'on me pardonne donc d'avoir tenté cette effraction : introduit le Poète dans la maison du Droit (2).

L'exil mène au Poète, "l'exil n'est point d'hier" murmure à nos mémoires Alexis Saint-Léger, Saint-John Perse, poète d'élection dans la mémoire aixoise -la Bibliothèque Méjanes n'abrite-t-elle pas la fondation Perse ?- Saint-John Perse, hôte de la Provence, mais poète de prédilection de tout exil et de toute altérité, dont la Guadeloupe natale est sœur de mes Mascareignes de passage ou tout au moins cousine. Poète d'Éloges et de Vents, poète de Pluies et d'Amers, arpenteur d'archipels sidéraux aux terrasses des plus hauts observatoires : comme un Rimbaud qui serait devenu prix Nobel.

Conduire le poète, introduire ce poète dans la maison du Droit semble pourtant une gageure. Quoique fils d'avocat et se dotant d'ancêtres au Parlement de Paris, Perse nous paraît plus plein de Rois que de Droit. N'a-t-il pas préféré la diplomatie au Barreau, dont l'avait détourné le Président Ballot-Beaupré lui-même ? Il a beaucoup chanté la chose publique et le gouvernement des hommes, les institutions et les Villes. Le Droit d'abord s'absorbe dans la personne du Prince, de la souveraine ("ô Légale !" dit-il, dans "Récitation à l'éloge d'une Reine"). Les deux façons de dire le Droit, règle et décision, se confondent dans le même acte politique. Le Monarque auquel s'adresse le Sage, dans "Amitié du Prince", est à la fois législateur et juge", "Prince vêtu de (ses) sentences ainsi qu'un arbre sous bandelette". Perse, lui-même grand commis de l'État, ne cache pas sa fidélité à ces

(*) Texte de la leçon inaugurale prononcée le 27 janvier 1993 en l'amphithéâtre René David.
(1) A. Leca, Essai sur les origines du costume des docteurs agrégés des Facultés de Droit, R.R.J. 1992-3, p. 845.
(2) Comp. Waschmann, "Le droit dans l'œuvre..." et Colliot, "Une langue pure et gagée", in "Mots et savoirs dans l'œuvre de Saint-John Perse", Colloque Université de Provence, 1979, Espaces de Saint-John Perse, n° 1-2, p. 249 et s., 261 et s. Cf. également, Chabot, "Le vocabulaire juridique et financier dans "Anabase" de Saint-John Perse", mémoire complémentaire maîtrise, Université de Provence 1990, et (en particulier sur la figure du "Prince" chez Saint-John Perse), Damon, "Confessions diplomatiques d'Alexis Léger dans la poésie de Saint-John Perse", mémoire maîtrise, Paris X, 1989.

fonctionnaires, à ces factionnaires, préposés aux surveillances somptuaires des beaux domaines publics. Il loue "celui qui entretient de ses deniers, aux grandes banqueroutes de l'État, le luxe trouble des haras, des grands haras de brique fauve sous les feuilles...". Perse, ancien secrétaire général du Quai d'Orsay, se donne titre et place parmi "les voyageurs en pays haut nantis de lettres officielles, ceux qui cheminent en litière parmi la houle des moissons ou les forêts pavées de pierres". Le Droit est tracé de limites, pose de bornes :

"Architecture frontalière. Travaux mixtes des ports...
Nous vous prions, Mer et mitoyenne, et vous, Terre d'Abel !
Les prestations sont agrées, les servitudes échangées..." (Amers)

Le Droit est contenant. Il empêche l'ordre social de déborder son lit, et l'on retrouve, même dans les révolutions, "les magistrats élus aux soirs d'émeutes sur les bornes". Pour l'ambassadeur Alexis Léger, ancien étudiant à la Faculté de Droit de Bordeaux et lecteur de Savigny, le Droit semble surtout public et international (3). On trouve Léger dans les coulisses du Pacte de Locarno, du Pacte Briand-Kellog ; à la base des négociations du Traité de Moscou de 1935. Les révolutions, il ne les a pas toujours aimées. Aussi tard que 1944, trop tard pour l'Histoire, il se voudra le conservateur d'une certaine idée de la légalité républicaine, qui n'était plus celle du temps, allant jusqu'à écrire à Roosevelt, avec l'insuccès prévisible, pour suggérer l'application, dans la France libérée, de la loi constitutionnelle du 15 février 1872 dite "loi Tréveneuc". Né en 1887, n'a-t-il pas aussi partagé des préjugés qui étaient de son temps, de sa famille, installée aux Antilles, dit-il, depuis deux siècles ? On l'accusera, dans Anabase, de prêter à la France une mission de tutelle par le Droit (4), assez peu respectueuse du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, "lois données sur d'autres rives (...) de grands pays vendus à la criée sous l'inflation solaire, les hauts plateaux pacifiés et les provinces mises à prix dans l'odeur solennelle des roses". Mais le temps qu'a eu Perse a été assez long, temps de deux guerres et temps d'Exil. Déchu de la nationalité française par le gouvernement d'alors, le Poète est devenu plus encore l'Étranger, "hôte précaire de l'instant, homme sans preuve ni témoin". L'extranéité, cela sera pour lui cette expulsion, cette exclusion de la maison du Droit :

"Étranger, sur toutes grèves de ce monde, sans audience ni témoin, porte à l'oreille du Ponant une conque sans mémoire : Hôte précaire à la lisière de nos villes, tu ne franchiras point le seuil des Lloyds, où ta parole n'a point cours et ton or est sans titre...
"J'habiterai mon nom" fut ta réponse aux questionnaires du port. Et sur les tables du changeur, tu n'as rien que de trouble à produire.
Comme ces grandes monnaies de fer exhumées par la foudre" (Exil).

Pour Perse réfugié aux États-Unis, l'exil pourtant n'est point d'hier : il n'y devient que ce qu'il est. Il a toujours nourri, au fond, sa fierté de nomade et d'Amant (avec la majuscule à la fois sensuelle et sacrée), jeté sur de plus purs chemins que n'en aurait montrer nulle judicature :

---

(3) Contra, Waschmann, préc. 251, note que l'emprunt direct de termes de droit public est rare chez Perse. Mais cela n'empêche pas l'imprégnation de l'œuvre par les conceptions internationalistes du correspondant de Dag Hammarskjöld que sera Alexis Saint-Léger. À propos des idées de Perse en matière de philosophie du droit, v. le témoignage de Ch. Ogburn, reproduit dans l'édition des "Œuvres complètes" de la Pléiade, spéc. 1117.

(4) Il s'agit en tout cas à n'en pas douter d'une légitimation de la France coloniale, v. R. Ventrasque, "La bibliothèque de Saint-John Perse des années de jeunesse à l'exil : matériau anthropologique et création poétique", th. Montpellier III, 1990, t. 1, p. 164, qui relève la justification des empires coloniaux dans "La volonté de Puissance" de Nietzche, une des lectures de Perse. Hugo von Hofmannsthal ("Émancipation du lyrisme français", rev. "Commerce", XX, été 1929, reproduit in édit. de la Pléiade, p. 1108) ne s'y était d'ailleurs pas trompé.

"De nul office n'avons nous charge, n'étant de nul accrédités - ni princes ni légats d'Empire, à bout de péninsules, pour assister en mer l'Astre royal à son coucher ; mais seuls et libres, sans caution ni gage, et n'ayant part au témoignage...
Amants ! Amants ! Qui sait nos routes ?...
Le Magistrat des étrangers vous dira-t-il le gîte des Amants ?" (Amers)

Hors des chemins du Droit, le poète l'est donc avec un peu d'orgueil (5). Tandis que

"L'officiant chaussé de feutre et ganté de soie grège efface, à grands renforts de manches, l'affleurement des signes illicites de la nuit" (Exil)

le poète s'en veut l'interrogateur : lui demeure

"Parmi toutes choses illicites et celles qui passent l'entendement" (Amers)

L'illicéité est nécessaire à sa condition de Voyant : "pour nous la mer invétérée du songe... et ses grandes lois d'irrévérence portant au loin révélation". L'illicéité est la condition nécessaire d'une mise en accusation du monde,

"Que le poète se fasse entendre, et qu'il dirige le jugement" (Vents)

Dans Saint-John Perse, cette qualité de pérégrin met *le Poète hors du Droit*. Mais il pourra ainsi proclamer *les droits du Poète*.

I - "L'action de la justice est éteinte là où brûle, où se tient la poésie, où s'est réchauffé quelques soirs le poète". Dit à propos d'Arthur Rimbaud, ce mot de René Char, lecteur aussi de Saint-John Perse, n'est pas moins applicable à ce dernier. Le Perse d'Anabase, déjà, refusant de se laisser enfermer entre territorialité et personnalité des lois, rêvait d'un système où, non pas l'état de la personne suivrait sa loi, mais la loi suivrait la personne, lui étant attachée comme chose mobilière,

"Lois sur la vente des juments. Lois errantes. Et nous-mêmes. (Couleur d'hommes)".

Mais, dans Vents, Perse nous jette un cri de révolte plus grande :

"Et toi, Poète, ô contumace et quatre fois relaps, la face encore dans le vent, chante à l'antiphonaire des typhons...
Les vents sont forts ! Les vents sont forts !
Enlèvement de clôture, de bornes... Apaisement au cœur du Novateur.
Ô Poète, Ô bilingue entre toutes choses bisaiguës, et toi-même litige entre toutes choses litigieuses".

Vents reste ainsi le livre où chante sa colère : précipités en un même sac d'opprobre,

"Les hommes de grand parcours gantés de buffle pour l'abus. Et tous les hommes de justice, assembleurs de police et leveurs de milice. Les gouverneurs en violet prune avec leurs filles de chair rousse au parfum de furet".
Poètes, au contraire
"Notre royaume est d'avant-soir, ce grand éclat d'un Siècle vers sa cime ; et nous n'y tenons point lits de justice ni camp d'honneur".

Le Poète devient bouteur de feux de joie aux débris de papier des légalités abolies :

"Prédateurs, certes ! nous le fûmes ; et de nuls maîtres que nous-mêmes tenant nos lettres de franchise.

(5) Rapp. Waschmann, préc., p. 255-257, sur "l'ambiguïté" de l'attitude de Perse à l'égard du droit.

Tant de sanctuaires éventés et de doctrines mises à nu, comme femmes aux hanches découvertes ! Enchères aux quais de corail noir, enseignes brûlées sur toutes rades, et nos cœurs au matin comme rades foraines".
Il lève tout un ost magnifique d'"outlaws" :
"Se hâter ! Se hâter ! témoignage pour l'homme !
... Et le poète lui-même sort de ses chambres millénaires.
... Avec tous hommes de patience, avec tous hommes de sourire
... Les enchanteurs de bouges prophétiques, et les meneurs secrets de foules à venir, les signataires en chambre de chartes révolutionnaires".

(Il me semble que René Char s'en souviendra, lançant plus tard :

"Hâte-toi de transmettre
Ta part de merveilleux de rébellion de bienfaisance")

Et n'est-ce pas déjà Saint-John Perse, qui dès Anabase, montrait cette image à mes yeux solennelle et un peu ridicule, du plus parfait servant des réglementations tatillonnes :

"Le Vérificateur des poids et mesures descend les fleuves emphatiques avec toutes sortes de débris d'insectes et de fétus de paille dans sa barbe".

Le même Saint-John Perse qui, dans Pluies, adressait cette exhortation, apparemment demeurée vaine selon le poète irrité de Vents :

"lavez, ô Pluies, la main du Juge et du Prévôt...
Ô Pluies ! lavez au cœur de l'homme les plus beaux dits de l'homme : les plus belles sentences, les plus belles séquences".

Jeu très "persien" : on peut prendre sentence en son sens juridique (qui est aussi celui de l'étymologie) ou bien littéralement au sens anglo-saxon de "phrase" (6).

Rejeté hors du Droit par l'événement, mais au fond désireux de revendiquer lui-même cette position, le Poète fait choix des voies les plus étroites : chemins du sec et de l'aride, chemins d'ascèse et de rigueur. Il n'y trouvera même plus, comme autrefois,

"Nos compagnons ces hautes trombes en voyage, clepsydres en marche sur la terre,
et les averses solennelles, d'une substance merveilleuse, tissée de poudres et d'insectes, qui poursuivaient nos peuples dans les sables comme l'impôt de capitation" (Anabase)

mais l'extrême pays du doute des grands mystiques, le "haut pays sans nom, illuminé d'horreur et vide de tout sens. Nulle redevance et nulle accise. Le vent y lève ses franchises : la terre y cède son aînesse pour un brouet de plâtre" (Vents) (7). Il semble que dans la conception de Perse, l'impôt et la transmission successorale soient vraiment les amarres de la juridicité, larguées par le Poète qui, dans Chronique, peut dire, s'apaisant :

"Nous n'avons point tenure de fief ni terre de bien fonds.
Nous n'avons point connu le legs, ni ne saurions léguer.
Qui sut jamais notre âge et sut notre nom d'hommes ?...

---

(6) Curieusement la traduction américaine de D. Devlin (dans "The Sewanee review", oct. 1944) ne met pas ce jeu à profit, rendant "les plus belles sentences" par "the weighty aphorism". Perse l'a remarqué : sur l'exemplaire bilingue de 1945 annoté de sa main, on trouve la correction "the most beautiful sentences".
Cf. plus généralement sur le problème des traductions H. Leveillain, "Saint-John Perse traducteur en langue anglaise de son œuvre", in "La traduction plurielle", P.U. Lille, 1990, 33 et s.

(7) Paysage où je ne puis m'empêcher de trouver une prémonition de "Deserts" de son ami Edgard Varèse. Sur la thématique du désert chez Perse, v. P. Cassina, "Le thème poétique du désert dans Exil et dans Vents de Saint-John Perse", mémoire maîtrise Dijon, oct. 1988, 2 vol. ; sur ses rapports avec la musique de Varèse, v. D. Aranjo, "Saint-John Perse et la musique", J. et D. éditions, 1988, 436 et s.

Nos œuvres vivent loin de nous dans leurs vergers d'éclairs
Et nous n'avons de rang parmi les hommes de l'instant".

II - "Chronique" est œuvre du grand âge, datée de 1960, l'année du Nobel. Avant ce stade ultime, cependant, les deux grands recueils d'après-guerre, Vents (1946) et Amers (1957) sont, dans "l'instance extrême où le Poète a témoigné", les œuvres de l'affirmation : celle, fière - car Perse est décidément homme de fierté, voire d'orgueil- des droits du Poète. L'auteur de Vents et d'Amer s'érige en témoin privilégié de la fin d'un âge et fait du Poète le créancier d'un nouveau monde, d'Amériques nouvelles qui ne sont pas que géographiques. Pour lui, seul est authentique ce témoignage par le poème :

"Non point l'écrit, mais la chose même. Prise en son vif et dans son tout.
Conservation non des copies, mais des originaux. Et l'écriture du poète suit le procès-verbal" (Vents)

Dans l'une de ses plus puissantes pages et des plus visionnaires, Perse assimile métaphoriquement la mer, "Mer de la transe et du délit", à ce tribunal du monde où il parle en témoin : et la métaphore marine se double de saisissantes métaphores juridiques,

"Immense est le district, plénière la juridiction ;
Et c'est assez pour nous, dans ton ressort, de mendier l'usage et la franchise,
Ô Mer sans gardes ni clôtures...
Nous te rêvions, Session dernière ! et nous avions pour toi ce rêve d'une plus haute instance :
L'assemblée, à longs plis, des plus hautes cimes de la terre,
comme une amphictyonie sacrée des plus grands Sages institués
-toute la terre, en silence, et dans ses robes collégiales, qui prend séance et siège à l'hémicycle de pierre blanche..." (Amers)

Ne reconnaît-on pas, en filigrane, l'universalisme d'Alexis Léger, assistant de Briand, en 1930, pour la rédaction du Mémorandum sur l'organisation d'un régime d'union fédérale européenne ?

Le Poète pourrait se satisfaire d'être l'héritier du vieux-monde, le continuateur d'un haut lignage

"Ô généalogiste sur la place ! combien d'histoires de familles et de filiations ? -et que le mort saisisse le vif, comme il est dit aux tables du légiste, si je n'ai vu toute chose dans son ombre et le mérite de son âge : les entrepôts de livres et d'annales, les magasins de l'astronome et la beauté d'un lieu de sépultures, de très vieux temples sous les palmes..." (Anabase)

Ici l'adage "le mort saisit le vif", qui n'est que d'Ancien Droit, prend la forme impérative et semble se romaniser : chez Perse, qui se piquait de droit romain (8),

(8) De droit coutumier aussi, à vrai dire (cf. Waschmann, p. 256 et Colliot, p. 263). Sur le "contexte médiéval" de certaines œuvres, v. H. Parent, "Vocabulaire technique et caractère poétique du langage dans la poésie de Saint-John Perse", Rev. d'histoire littéraire de la France, mai-juin 1978, n° 3. Est-ce alors exprès que Perse rend vagues l'origine et le sens de l'adage ? Comp. Waschmann, p. 259, note 7, et Colliot, p. 265 et 266, sur l'emploi des mots tantôt dans leur sens juridique, tantôt dans un sens "littéraire". L'allusion possible, à travers les "tables du légiste", soit à la codification justinienne, soit aux coutumiers, serait ainsi caractéristique du gommage des sources historiques auquel Perse se plaît à procéder dans son œuvre. Cette hypothèse est rendue très plausible par la consultation de la bibliothèque personnelle d'Alexis Léger : le "Dictionnaire usuel de droit" de M. Legrand chez Larousse, au V° Succession rattache l'adage à "notre ancien droit coutumier" ; le tome 3 du manuel élémentaire de droit civil de R. Foignet, p. 238, ne donne pas l'origine, mais la formule exacte y est, soulignée de la main d'A. Léger. Il en connaissait donc fort probablement, et l'origine et le sens.

les "tables du légiste" apparemment ne renvoient pas à l'article 318 de la Coutume de Paris, où gît l'adage en son principe. L'original pourtant est déjà assez beau : "le mort saisit le vif, son hoir le plus habile à lui succéder".

Mais cet héritage laisse Perse insatisfait ; dans Chronique, il nous dit se sentir

> "Comme celui, la main tendue sur ses papiers et titres d'acquisition, qui prend mesure d'un grand bien (et l'entrée en jouissance ne combe pas son gré)".

Que l'héritage soit dispersé, il ne l'honorera de nul requiem :

> "La Mer solde ses monstres sur les marchés déserts accablés de méduses. Vente aux feux des enchères et sur licitation !. C'est la mer de Colomb à la criée publique...
> Ah ! qu'une aube nouvelle s'émerveille demain dans de plus vertes gemmes, ce n'est pas moi qui raviverai l'épine au cœur des saisons mortes" (Vents)

Témoin de l'âge qui finit, le Poète se vaut créancier de l'ère qu'il annonce

> "Nous avions rendez-vous avec la fin d'un âge...
> Et l'exigence en nous ne s'est point tue ; ni la créance n'a décru. Notre grief est sans accommodement, et l'échéance ne sera point reportée.
> Nous vous demanderons un compte d'hommes nouveaux - d'hommes entendus dans la gestion humaine, non dans la précession des équinoxes" (Vents)

La métaphore juridique se renforce d'une autre métaphore, celle du langage : si le monde est débiteur des poètes, c'est que "sur la lourde phrase humaine, pétrie de tant d'idiomes, ils sont seuls à manier la fronde de l'accent".

Cette sorte d'Apocalypse selon Saint-John Perse (9) va alors, amplifiant la transe, conduire à la proclamation d'une véritable plénitude de la juridiction poétique :

> "Et la terre à son comble, portant tribut d'États nouveaux, assemble, d'aire en aire, ses grands quartiers de bronze vert où s'inscrivent nos lois".

Idée très chère à Perse, qui la reprendra dans Chronique :

> "Nous étendons à tout l'avoir notre usage et nos lois".

Ainsi, par un glissement caractéristique, la Poésie, placée hors du Droit, est devenue d'abord à elle-même sa propre loi, avant de s'auto-proclamer législatrice universelle. Rien d'étonnant à ce que, dans Amers, le poète s'unisse à l'élément marin, d'abord

> "Mer sans régence ni tutelle, Mer sans arbitre ni conseil, et sans querelle d'investiture :
> Investie de naissance, imbue de ta prérogative ; établie dans tes titres et tes droits régaliens"

Puis :

> "Celle toujours qui nous fut là et qui toujours nous sera là, honorée de ta rive et de ta révérence : conciliatrice et médiatrice, institutrice de nos lois...
> Et Celle encore que l'on sait : assistée de nos greffes assise entre nos prêtres et nos juges qui donnent leurs règles en distiques"

(9) Cf. R. Little, "Les métaphores du langage chez Saint-John Perse", et P. Hutchinson, "Saint-John Perse ou l'Apocalypse du langage", in Détours d'écriture, numéro hors-série, "Saint-John Perse, métissage des écritures, écriture du métissage", juin-août 1987, 84 et s., 112 et s.

N'est-il pas significatif que la mer, chez Saint-John Perse, porte autant de signes juridiques ? Perse, poète par excellence du langage, emmenant le poème à bout de désinences et de déclinaisons, le fécondant de purs vocables et de locutions inouïes, élit les mots du Droit, en son inépuisable glossaire, pour compagnons insignes d'une sorte d'assomption poétique. Parlant toujours du Poète en général à travers chaque poète particulier, Perse nous dit de Georges Schehadé : "son crime est exemplaire dans notre Code Napoléon : il déplace, de nuit, les bornes de la propriété foncière". Les mots du Droit toujours, pris au rebours de la licéité, nous montrent le poète dans ce passeur en fraude des plus hauts cols, ce transgresseur :

> "nous passerons ce soir une âme non guéable... Et au-delà sont les grands lés du songe, et tout ce bien fongible où l'être engage sa fortune" (Exil)

Vous voyez maintenant que vaine était ma tâche : conduire le Poète en la maison du Droit. En se servant des signes juridiques pour nous signifier l'office de la poésie, la mission même du poème, il me semble que c'est Saint-John Perse, plutôt, qui accomplit cette tâche, non point vaine mais de grand sens : introduire le Droit dans la maison du Poète.

R.R.J. 1993-2
Pages 335 à 642

- I -

ARTICLES

LE GÉNÉTICIEN FACE À LA BIOÉTHIQUE (*)

Par

Jérôme LEJEUNE
Membre de l'Institut (Académie des Sciences morales et politiques),
Professeur de génétique fondamentale à la Faculté de Médecine de Paris,
Directeur de l'Institut de Progénèse et du Centre de Recherches "Génétique humaine et maladies de l'intelligence"
Membre de l'Académie des Sciences, de l'Académie nationale de Médecine et de l'Académie pontificale des Sciences

Mesdemoiselles, Messieurs,

On a coutume, dans les Facultés de Droit, de vous enseigner l'esprit des lois. Permettez à un généticien de vous entretenir, ce soir, des lois de l'esprit et d'envisager avec vous l'avenir brillant, éblouissant, aveuglant qui s'ouvre à la génétique humaine.

Brillant, parce que chaque jour nous permet de savourer une nouvelle trouvaille de la vie ; éblouissant parce que notre analyse des molécules, vectrices du message de vie, risque de faire oublier l'organisme qu'elles animent ; mais aveuglant enfin parce que le prestige des manipulations génétiques porte certains à croire que tout ce qui est possible est permis.

La morale, pour eux, devrait céder le pas à la technologie ; ils réclament un nouveau Droit, qui leur donnerait tous les droits.

La manipulation est en cours dans de nombreux pays.

I - DE L'ESPRIT DES LOIS AUX LOIS DE L'ESPRIT

On fonde des Comités d'Éthique pour proposer des lois nouvelles qui, une fois votées, influeront sur les mœurs qui à leur tour influeront sur les lois.

Avec un peu d'adresse et un zeste de pluralisme, le Bien et le Mal ne seront plus des données immédiates de la conscience mais le consensus mou d'une éthique étatique.

La prescience est ici un bien médiocre guide : pour le progrès technique nous savons déjà qu'il sera foudroyant ; mais l'homme, lui, sera-t-il foudroyé ?

(*) Conférence prononcée le 10 février 1993 devant les étudiants de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence à l'invitation de l'Association des Anciens Étudiants de l'Université d'Aix-Marseille III.

Répondre oui ou non serait manquer de pertinence, mais réfléchir sur la nature de l'homme, à la lumière du savoir d'aujourd'hui, pourrait être une méthode conforme aux lois de l'esprit.

Car c'est l'esprit qui donne la vie.

Il n'y a pas de matière vivante ; la matière ne peut pas se reproduire. Mais il existe une matière animée. L'objet de la génétique est très précisément de saisir sur le vif ce qui anime le brut, de décrire cette information qui produit et contrôle des myriades de molécules capables de canaliser le grouillement de l'énergie afin de conformer le hasard des particules à nos propres nécessités.

Dans la vie, il y a un message et si ce message est humain, cette vie est une vie d'homme. La matière animée par la nature humaine construit alors un corps dans lequel prend chair un esprit.

Les dons de l'esprit, comme on sait, sont au nombre de sept. Reste à savoir si leur énumération peut nous permettre de trier le fatras de connaissances qui nous reste à considérer.

1) **LA SAGESSE** serait tout d'abord de préciser à quel usage sont destinés les moyens dont nous disposons. Un exemple historique nous fera comprendre ce point : on a beaucoup parlé du bicentenaire des Droits de l'Homme. Or, en France, vingt-et-un ans après la proclamation solennelle de ces Droits, un philosophe fit une proposition de loi demandant qu'il soit interdit "d'étouffer ou autrement faire mourir en les saignant aux quatre membres les malades atteints de la rage". Cette proposition de loi ne fut même pas discutée. Douze ans plus tard, naquit un enfant qui s'appelait Louis Pasteur. Sa vie fut la démonstration que ceux qui ont libéré l'humanité de la peste et de la rage n'étaient pas ceux qui brûlaient les pestiférés dans leur maison ou qui étouffaient les enragés entre deux matelas, mais bien ceux qui ont attaqué la maladie et défendu le malade.

En plus des moyens de diagnostic et de traitement, la médecine, c'est la haine de la maladie et l'amour du malade. Éliminer le patient pour extirper le mal, c'est avorter la médecine.

Défendre chaque patient, prodiguer ses soins à tout homme sans lui demander son nom, sa race, sa religion, implique que chacun de nous soit tenu pour unique et donc irremplaçable. Pour s'assurer de cela, il faudrait une intelligence de l'être que justement la génétique nous fournit.

2) **L'INTELLIGENCE** : Le nombre des combinaisons possibles entre les différents allèles dont Père et Mère nous transmettent chacun la moitié, dépasse tellement le nombre des hommes vivants ou ayant vécu que chacun se trouve doté d'une composition originale qui ne s'est jamais produite et ne se reproduira plus.

Cette certitude statistique, nous l'avons maintenant sous les yeux par la méthode de Jeffreys.

La technique serait trop longue à décrire, mais son principe est le suivant. Après avoir extrait chimiquement l'ADN d'un fragment de tissu, on le traite avec des enzymes qui le coupent en fragments, qu'on sépare selon leur taille en les faisant migrer dans un champ électrique sur un support approprié. Après action de la sonde de Jeffreys, le résultat a un aspect familier tout à fait comparable au *code-barre* qu'on utilise dans les supermarchés. Des traits parallèles d'épaisseur variable et inégalement espacés définissent un message qu'un détecteur optique transmet à un ordinateur. Aussitôt s'affiche le nom, la quantité et le prix du produit.

Dans le code-barre de chacun de nous, cette carte d'identité génétique strictement infalsifiable, et qu'on a toujours avec soi, la moitié des bandes sont identiques à celles qu'on trouve chez le père, l'autre moitié provenant de la mère.

Ainsi sous nos yeux se manifestent, à la fois, l'originalité de chaque homme et sa filiation vraie.

Ces codes-barres seront eux aussi lus par un ordinateur, comme au supermarché, la seule chose que la machine ne pourra jamais afficher étant le prix de la vie humaine.

Pour résumer d'un mot ce que sagesse et intelligence nous révèlent de notre humaine nature, on pourrait dire simplement : *ni chose, ni animal, le corps humain est indisponible.*

Sous peine de réinstituer l'esclavage, nul ne peut l'exploiter ni disposer de lui.

3) **LA PRUDENCE** s'impose donc lorsqu'une action biologique est appliquée à l'homme, directement bien sûr et même indirectement. Quatre cents ans avant notre ère, le sage de Cos fit jurer à ses disciples : "Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans l'innocence et la pureté : je ne donnerai pas de poison même si l'on m'en priait, ni ne suggérerai pareil usage" —et voilà pour l'euthanasie— "et je ne donnerai pas de pessaire abortif à une femme" —et voilà pour l'avortement.

La sagesse et l'intelligence avaient dicté la prudence à l'homme qui fonda notre art, et ce serment d'Hippocrate, tous les médecins l'ont respecté.

Ils furent d'ailleurs suivis par toutes les autorités morales ou politiques du monde civilisé jusqu'à des temps très récents. Vatican II ne faisait que reprendre un enseignement absolument général et constant en rappelant que "l'avortement et l'infanticide sont des crimes abominables".

Pourtant on doit remarquer qu'on décèle aujourd'hui, *in utero*, nombre de conditions plus ou moins défavorables et que l'élimination du fœtus, à toute époque de la grossesse, est permise par la loi Veil.

Comme les moyens de diagnostic s'affinent chaque jour, on détectera les imperfections les plus minimes ou même les prédispositions à des troubles très tardifs ; tels la chorée de Huntington apparaissant vers la quarantaine, ou la maladie d'Alzheimer entraînant la démence entre cinquante et soixante ans.

La prudence commande-t-elle d'éliminer les sujets reconnus porteurs de tares ? On peut affirmer que non.

Certes, les maladies coûtent cher, en souffrance pour les patients et leur famille, en charge sociale pour la communauté qui doit remplacer les parents si le fardeau pour eux devient insupportable.

Le montant de ce coût en argent et en dévouement est connu : c'est très exactement le prix que doit payer une société pour rester pleinement humaine.

Sans même évoquer les déportements des sélectionneurs nazis, le *Gnadentodt* pour les "*unlebensverten Leben*" (la merci par la mort pour les vies indignes d'être vécues), je citerai un exemple beaucoup plus ancien. Ne disposant pas du diagnostic anténatal, les Spartiates attendaient la naissance pour exposer, dans les apothètes du mont Taygète, les nouveaux nés dont la complexion leur paraissait incompatible avec le port des armes ou l'engendrement de futurs soldats. C'est le seul peuple de Grèce ayant systématiquement pratiqué cet implacable eugénisme.

De toutes les villes de Grèce, Lacédémone est aussi la seule à n'avoir légué à l'humanité ni un savant, ni un artiste et pas même une ruine ! Pourquoi cette exception parmi les Grecs, ces hommes les plus doués de la terre ? Serait-ce qu'en exposant leurs mal venus ou leurs bébés trop fragiles, les Spartiates sans le savoir tuaient leurs poètes, leurs musiciens, leurs savants à venir ? Se seraient-ils ainsi, par une sélection à rebours, progressivement abêtis ? Un tel mécanisme est envisageable, mais on ne peut l'affirmer. Ou bien leur sagesse et leur intelligence

étaient-elles déjà tellement inférieures qu'ils commirent l'imprudence de tuer leurs propres enfants ?

La génétique ne peut conclure d'autant que les deux hypothèses pourraient être vraies, simultanément.

Si la prudence désavoue le culte obtus de la force, cela n'exclut nullement de tenir fortement au vrai si l'on veut raison garder.

4) **LA FORCE** de l'esprit est en effet la résistance à l'effondrement simultané des trois dons précédents.

Un exemple récent nous le fera comprendre.

Il y a quelques années, les manipulateurs prétendaient étudier sur des embryons humains de moins de quatorze jours la débilité mentale, l'hémophilie, la myopathie ou la mucoviscidose ! Un témoignage devant les parlementaires britanniques m'amena à faire remarquer que sur un être humain de moins de quatorze jours (c'était la date de péremption proposée pour l'utilisation légale du matériel humain) on ne peut pas étudier un trouble du cerveau, qui n'est pas mis en place, ni une impossibilité de coagulation du sang qui ne circule pas encore, ni une anomalie des muscles qui ne sont même pas ébauchés, ni une imperfection du pancréas qui n'apparaîtra que plus tard. Cette intervention, très "*matter of fact* ", fut fort mal accueillie.

L'hebdomadaire scientifique *Nature* titra : "*French influence in Britain*" ! Chose tout à fait "*shocking*". *Nature* alla jusqu'à proposer en récompense un abonnement d'un an à quiconque fournirait un protocole d'expérience démontrant l'inanité de ces assertions. Cela fait trois ans. *Nature* n'a publié aucun protocole et, à ma connaissance personne ne reçoit gratis cet excellent périodique.

Il n'était vraiment pas nécessaire d'utiliser des êtres humains, car, au cours de ces trois années, le gène de la mucoviscidose a été découvert, le gène de la dystrophie musculaire a été cloné, la protéine qu'il fabrique, la dystrophine, est maintenant connue et on a fait de grands progrès dans la compréhension des maladies de l'intelligence. Pour l'hémophilie, on fabrique par génie génétique le facteur de la coagulation dans des bactéries artificieusement manipulées. On pourra ainsi traiter les hémophiles sans risque de leur inoculer le Sida.

Et ces conquêtes de la médecine ont été réalisées sans que la vie d'un seul homme ait été mise en jeu.

Pourtant les demandeurs insistent, les propositions de loi s'accumulent. Pourquoi cet appétit de chair fraîche ?

Pour une raison majeure qu'on n'ose guère formuler tant son réalisme est sordide. Un embryon de chimpanzé coûte fort cher (il faut entretenir l'élevage). La vie humaine n'a pas de prix. Elle a même perdu toute valeur, depuis que des nations, longtemps civilisées, ont renié par un vote ce que, pendant deux mille ans et plus, tous les maîtres de la médecine avaient constamment juré.

Cette force d'esprit a manqué récemment au Parlement britannique, lords et députés compris. Depuis le 23 avril 1990, les très jeunes sujets de sa Gracieuse Majesté, tant qu'ils n'ont pas atteint quatorze jours révolus, peuvent être considérés comme matériel expérimental. Cette vivisection des très jeunes Anglais, cette suppression de l'*habeas corpus* au tout début de la vie, n'a même pas retenu l'attention des médias chez nous !

En ces temps de commémorations multiples et variées, un étonnant trou de mémoire collective semble être apparu dans l'Histoire. Pour les expérimentateurs sur embryons et fœtus humains, leur assurance ne peut être fondée que sur une ignorance absolue qui s'exprime en un mot : Nuremberg ? Connais pas !

Pourtant ce que Prudence nous répète avec Force, pourrait se résumer en un deuxième aphorisme : *l'embryon humain est indisponible.*

5) **LA SCIENCE** embryologique nous apprend beaucoup sur ce point. Qu'il me soit permis d'évoquer ici le souvenir personnel d'un témoignage au Tennessee, devant la Cour de Maryville, lors d'un procès en divorce.

La mère, prénommée Mary, réclamait la garde des sept embryons congelés qu'elle avait conçus des œuvres de son mari ; elle voulait les sortir du froid, les ramener à la vie.

Il est très remarquable que nous usions du même vocable pour définir la durée qu'on évalue avec des horloges, et la chaleur qu'on mesure avec un thermomètre : on dit le temps et la température. Or, l'agitation des molécules est très exactement le flux du réel qui passe, si bien qu'en abaissant la température, en arrêtant le mouvement, on gèle aussi le temps. La vie n'est pas un élan comme Bergson le pensait, car une fois arrêté il ne pourrait reprendre. Alors que si le précieux édifice qui contient l'information pour animer la matière n'a pas été détruit par la congélation, la vie se manifeste à nouveau, sitôt la chaleur revenue, et donc le temps retrouvé.

Entassés par milliers dans une bonbonne réfrigérée à l'azote liquide, privés de toute liberté dans cette enceinte où le temps même est arrêté, les tout jeunes êtres humains sont pour ainsi dire internés dans une "*concentration can*", une enceinte concentrationnaire. Le juge de Maryville avait fort bien compris.

Pourtant, on traduisit en France "camp de concentration", traduction doublement fautive. D'abord, "*can*" veut dire boîte et non pas camp, et ensuite le "*concentration camp*" est un moyen d'accélérer terriblement la mort, alors que la "*concentration can*" est un moyen de ralentir terriblement la vie !

Il est vrai que, dans les deux cas, le système concentrationnaire est refermé sur des innocents !

En confiant les sept espérances à la garde de leur mère, le juge de Maryville avait prononcé pour la seconde fois, à trois mille ans de distance, le jugement de Salomon : celle à qui l'enfant doit être confié est celle qui veut qu'il vive, et qui préfère même qu'on le donne à une autre plutôt que de le voir condamné à jamais.

Cet amour du descendant, cette piété maternelle, a pour réciproque naturelle l'amour du descendant pour ses procréateurs.

6) Ce sixième don de l'esprit, **LA PIÉTÉ FILIALE**, est d'un modernisme étonnant.

On croyait jusqu'alors que le patrimoine transmis par le sperme et celui transmis par l'ovule étaient strictement homologues (aux chromosomes sexuels près).

On sait aujourd'hui, grâce à Surani, à Swain et à Holliday, que chaque sexe marque de son "empreinte" l'ADN qu'il transmet.

Un peu comme l'étudiant qui souligne le passage à réciter tout de suite et raye cet autre à utiliser plus tard, la méthylation de l'ADN marque les points importants.

L'homme souligne ce qui permettra de construire les membranes et le placenta, la femme souligne les instructions servant à diversifier les tissus nécessaires à l'embryon.

L'expérience chez la souris a soudain expliqué une pathologie étrange qu'on connaissait dans notre espèce.

Un œuf fécondé ne contenant que le message masculin même à double exemplaire avec le nombre voulu de chromosomes n'est pas un être humain : cela ne forme que des petites vésicules, des pseudo-sacs amniotiques, c'est ce qu'on appelle une *môle hydatiforme* qui peut dégénérer en cancer, *le chorio-épitheliome.*

Réciproquement, un œuf fécondé ne contenant que le message féminin, même au complet, même avec deux jeux de chromosomes, n'est pas un être humain non plus ; cela ne fabrique que des pièces détachées : du poil, de la dent, de la peau, de n'importe quoi, mais en vrac, sans aucune mise en forme (c'est le *kyste dermoïde*). L'"empreinte" masculine et l'"empreinte" féminine sont simultanément nécessaires à la conception de l'être.

Dans l'œuf fécondé, sphère minuscule d'un millimètre et demi de diamètre, se trouve déjà, miniaturisée à l'extrême, la division du travail qui nous est si familière. À l'homme la construction de l'abri et la quête de la nourriture, à la femme l'élaboration de l'enfant.

Ces faits nous permettent d'affirmer (et bien que ceci soit démontré depuis un an environ, c'est une sorte de *scoop* pour certains mass media) qu'il faut un homme *et* une femme pour enfanter un esprit. La reproduction "monoparentale" ou "unisexe" est impossible dans notre espèce.

— Finie la prétention de procréer "entre femmes" en fécondant un ovule avec le noyau d'un autre ovule, prélevé sur une amie.

— Terminé le cauchemar "*gay*" de la conception purement masculine par introduction de deux spermatozoïdes dans un œuf préalablement privé de son noyau légitime et implanté plus tard dans quelque utérus d'emprunt !

— Dévaluée la spéculation du milliardaire escomptant la reproduction d'un "clone" à son image pour transmettre en même temps son capital génétique et ses intérêts financiers !

La première cellule qui n'aurait pas *un* père et *une* mère ne pourrait survivre longtemps, l'être ne serait même pas conçu !

Pour le généticien, "Honore ton Père et ta Mère, afin de vivre longuement", est bien un commandement divin : la nature lui obéit.

7) Ici commence **LA CRAINTE**, pourrait-on écrire à la fin de cette énumération. La crainte mais pas l'abandon de toute espérance comme à l'entrée de l'enfer de Dante.

Pourtant voyez notre puissance et donc mesurez les dangers.

Nous commençons d'épeler lettre à lettre, C, A, T ou G, l'immense message génétique. Il remplira l'équivalent de six collections complètes de l'*Encyclopaedia universalis* !

Aucun homme ne le lira en entier et ne pourra le comprendre, mais on mettra l'information en machine. L'appareil nous restituera, sur demande, le passage qui nous intéresse. Même un robot sophistiqué (employant la P.C.R.) nous fabriquera sur simple requête la portion de la molécule sur laquelle on poursuivra l'expérimentation, soit pour éliminer un gène indésirable, soit pour rafistoler un paragraphe défaillant.

L'utilisation médicale est hautement souhaitable et ne soulève aucun problème moral nouveau, tant qu'on opère avec prudence et dans l'intérêt personnel du sujet.

Mais notre génération n'est pas propriétaire d'un patrimoine dont nous sommes seulement les dépositaires.

L'ADN humain n'est pas un matériau qu'on puisse breveter ou vendre ou bricoler sans vergogne.

Il faudrait que les lois le disent :

le génome humain est indisponible.

Oseriez-vous proposer d'imposer votre morale aux autres ? dira-t-on. Dans un État pluraliste qui ne se réfère à aucune morale absolue, tenter (légalement s'entend)

de faire entrer sa morale dans les lois de son pays est beaucoup plus qu'un droit, c'est le devoir du citoyen.

Quant à la crainte qui stimule l'esprit, elle n'est nullement peur de la nouveauté ou terreur de la technique ; soumises à une juste gouverne, ce sont les clés de l'efficace.

Cette crainte qui éclaire l'esprit, parce qu'elle est un mouvement du cœur, est celle d'abandonner la révérence due au Créateur et, partant, le respect dû sa créature. *Timete Dominum et nihil aliud*, voilà la liberté de l'esprit. Craignez Dieu et rien d'autre : cette liberté d'esprit va nous être fort nécessaire.

Car il est une préscience et une seule, que je vous confierai, sans risque de me tromper :

Il faudra Science avec Conscience pour éviter la ruine de l'homme.

II - DE LA MORALE À LA TECHNOLOGIE

Chaque jour, les variations nouvelles de la procréatique artificielle paraissent s'opposer aux enseignements constants de la morale naturelle.

Cette confrontation nous permettra peut-être d'esquisser la réponse à l'interrogation majeure de notre époque ; tabou dépassé ou garde-fou nécessaire, la morale est-elle la duègne rabat-joie dont on moque les remarques, ou le guide éclairé dont on écoute les avis ?

Entre morale et technique, il ne s'agit pas de marivaudage :

Maîtresse ou servante, toute méprise serait tragédie.

1 - Les variations procréatiques

Régenter les unions humaines est une tentation fort ancienne ; Platon lui-même y succomba.

Son eugénique théorique, pour raciste qu'elle fût, conservait toutefois quelque considération des personnes, du moins de celles qui n'étaient point rejetées. On ne disposait pas encore à l'époque de moyens de transmission indépendants des procréateurs.

Avec la possibilité de stocker la semence mâle ou même les embryons, la procréatique artificielle fournit une matière nouvelle aux spéculations les plus aventurées sur le patrimoine des hommes.

Les banques de sperme font florès en art vétérinaire. Navigateur intrépide, le spermatozoïde affronte les froids les plus rudes pour retrouver sa mobilité sitôt la chaleur revenue.

Dans notre espèce, l'insémination à distance par envoi de sperme congelé fut en vogue parmi les *G.I.s.* durant la guerre de Corée. Par milliers, des enfants furent ainsi conçus à distance, procurant à la compagne restée au pays une descendance légitime (aux erreurs de flaconnage près !).

Il y a quelque trente ans, feu le Professeur Müller, généticien fort célèbre, déplorait que des femmes intelligentes et libérées persistassent à se faire fabriquer leurs enfants par leurs médiocres maris ; il serait bien plus expédient et plus bénéfique pour l'espèce, proclamait-il, qu'elles s'adressassent au bon faiseur qui leur fournirait de la semence sélectionnée.

Pour allécher la clientèle il proposait de conserver dans ses paillettes quelques exemples illustres : la liste se terminait par deux hommes politiques qu'il estimait particulièrement, Lénine et Staline. Lors d'un congrès ultérieur, le Professeur Müller exhiba la même liste, à laquelle manquait un seul nom, le dernier. Krouchtchev

venait de décréter la déstalinisation quelques mois auparavant. Si la banque idéale de Müller était remise au goût du jour, on se demande combien de temps encore on oserait conserver le nom de Lénine !

Cette histoire vraie n'est pas une plaisanterie, et Müller était un technicien compétent ; mais pour juger de l'homme... il faudrait n'être pas partie !

En plus de l'insémination par "donneur" pour suppléer à une carence maritale, on parle aujourd'hui de "mère porteuse" inséminée à distance par le conjoint d'une femme stérile et livrant neuf mois plus tard son enfant contre une soulte d'argent.

La pudibonderie terminologique est tout à fait remarquable : on appelle "donneur" celui qui abandonne à l'avance ses devoirs de paternité, on répute "mère" celle qui engendre pour le vendre un enfant adultérin !

À ce jour, les ovules ne se trouvent pas en banque. L'ovule tolère fort mal, semble-t-il, le passage au froid intense alors que l'embryon le supporte assez bien. Cette différence de résistance est une indication supplémentaire du véritable changement d'état déterminé par la fécondation.

Paradoxalement, l'incroyable vitalité du tout jeune embryon l'expose à bien des dangers. Le transporter d'une femme à une autre par rinçage de la trompe et le transférer dans un utérus-récipient n'est nullement une prouesse. Il suffit que les cycles ovariens de la "donneuse" et de la "receveuse" aient été synchronisés. La grossesse par procuration est déjà réalisée, la ménopause même n'étant plus un obstacle comme on l'a vu par l'imbroglio de la grand-mère portant son propre petit-fils obtenu par fécondation in vitro d'un ovule de sa fille par un spermatozoïde de son gendre.

La procréatique artificielle peut même s'attaquer à l'unité de l'être et fabriquer des jumeaux vrais en coupant l'embryon en deux : cela réussit assez bien en art vétérinaire, chez les ovins et les bovins.

L'application à l'homme est déjà discutée par certains visionnaires, non pour fabriquer en série des jumeaux comme dans le *Meilleur des mondes* d'Aldous Huxley mais pour une utilisation beaucoup plus prosaïque.

L'un des jumeaux serait surgelé tandis que l'autre serait "cultivé" pour vérifier sa constitution tant chimique que chromosomique. Il périrait bien sûr au cours des investigations, mais si ce jumeau sacrifié passait avec succès les contrôles de qualité, le jumeau épargné serait implanté plus tard. Dans le cas contraire, il ne serait pas épargné plus longtemps !

En plus de ce contrôle de conformité, d'autres proposent de revivifier une antique théorie, celle du "double" imaginée par les anciens Égyptiens.

L'un des jumeaux serait autorisé à croître, l'autre étant conservé au frigo. (On pourrait d'ailleurs aller jusqu'à trois. L'un des triplés étant promis aux tests, l'autre à l'élevage, et le troisième gardé en réserve).

Aux dires de promoteurs, l'intérêt de la manipulation serait le suivant. L'âge venant, ou quelque maladie dégénérative s'installant, il serait fort utile de récupérer le "double" pour le faire se développer quelque peu dans quelque matrice de louage, voire dans un utérus animal. On en retirerait ensuite des pièces détachées (lignées cellulaires, ébauches d'organes, etc.), parfaitement compatibles, afin de rafistoler le modèle vieillissant.

Ce cannibalisme du tout jeune au bénéfice du sénescent a été déjà mis en œuvre, à propos de la maladie de Parkinson, ou paralysie agitante.

À vrai dire, il ne s'agit plus ici de conserver un "double", mais bien d'utiliser un fœtus vivant, âgé de 3 à 4 mois, dont on prélève des cellules cérébrales pour les implanter dans le cerveau d'un patient. Les résultats de ces expériences terribles sont,

à ce jour, extrêmement douteux ou même à peu près nuls (1), en dépit d'une énorme publicité. Pourtant ces protocoles ont joué un grand rôle pour convaincre certains parlementaires de retirer l'*habeas corpus*" à de très jeunes Anglais !

Quant à la jouissance sans naissance et à la volupté sans fidélité, découverte spectaculaire de notre fin de siècle, elle est l'application chez nous d'un modernisme éprouvé depuis plus de 300.000 ans !

Chez les insectes sociaux, les femelles libérées par le travail (une fourmi n'arrête guère) sont délivrées de tout souci de fécondation. Une seule reste soumise à l'esclavage reproductif... la Reine. Mais les ouvrières infécondes accèdent constamment à la jouissance la plus vive. Échangeant sans répit la volupté suprême de la régurgitation, provoquée par la titillation des antennes, elles composent l'immense jabot communautaire que nous nommons leur société.

En allant à l'extrême, on pourrait ne garder que le seul plaisir : l'usine à reproduire serait alors le développement logique de la fécondation *in vitro*.

Dans une telle société, les relations entre individus (de sexes opposés ou non) se limiteraient à des prestations voluptueuses aussi fréquentes que possibles avec des partenaires indéfiniment variés. Doit-on répéter ici qu'Aldous Huxley avait génialement prévu que dans ce monde sans tabous, où l'obscénité même était enseignée aux enfants des écoles, il avait fallu réimprimer toute la littérature anglaise pour l'expurger d'un mot absolument intolérable qu'il fallait remplacer par trois points de suspension. Cette obscénité absolue était le mot : MÈRE.

Voici, brièvement résumée, la procréatique artificielle à laquelle nous sommes exposés : voyons maintenant, s'il se peut, la morale naturelle.

2 - La morale naturelle

Chacun sait bien aujourd'hui qu'il n'y a pas de "nature humaine", les nouveaux humanistes l'ont définitivement proclamé. Que le comportement moral, surtout en matière de sexe, puisse relever de lois naturelles est un point de vue tout à fait dépassé. D'ailleurs la vieille plaisanterie nous l'indique : "S'il y avait une morale, elle serait bien mal placée dans le fond d'un pantalon !".

Quelle méconnaissance de la neuro-anatomie !

Chaque point de notre "sac de peau" se trouve représenté dans l'écorce cérébrale. À peu près au niveau du serre-tête dont les jeunes filles retenaient leurs cheveux (ou de l'étrier soutenant les écouteurs du *walkman*), se projettent les zones motrices et sensitives, sur le versant antérieur et le versant postérieur de la scissure de Rolando.

L'homoncule neurologique se trouve comme allongé sur la circonvolution pariétale ascendante, la tête vers le bas, les jambes vers le haut, avec les pieds situés dans le sillon inter-hémisphérique. Chaque organe est représenté dans l'ordre anatomique, la tête, le cou, la main, l'avant-bras, le bras, le thorax, l'abdomen, la cuisse, la jambe, le pied et, tout au bout des orteils,.., les organes génitaux.

Cette disposition surprenante à première vue paraîtra tout à fait logique si on se souvient que l'homme est redressé : s'il se tenait à quatre pattes, on verrait aussitôt que l'organe sexuel se trouve effectivement situé à l'extrémité postérieure du tronc.

Comme nous n'avons point de queue (on sait combien l'animal utilise cet appendice dans la signalisation affective), la représentation de nos organes génitaux, à l'extrémité inférieure de la pariétale ascendante, touche l'énorme circonvolution limbique, siège de tous les instincts.

---

(1) Clough C.G., "Parkinson's disease management" *Lancet*, 337, 1991, pp. 1312-1327.

De ce fait, le génital est la seule représentation de notre corps à être au contact immédiat du centre des émotions où règnent les pulsions qui nous meuvent : celles qui tendent à la persistance de l'être (la faim, la soif, l'agressivité) ou à la persistance de l'espèce (la quête du partenaire, le plaisir, l'amour du petit).

Il s'ensuit que nous sommes ainsi faits que ce qui touche au génital ébranle directement le moral, neurologiquement parlant. D'où peut-être notre impossibilité de maîtriser le comportement émotif si l'emprise de la volonté ne s'étend pas aussi, et peut-être d'abord, au comportement génital conscient et délibéré.

Dans les civilisations monogames, le dépôt des cellules reproductrices dans ce temple intérieur qu'est l'organe féminin, reste la prérogative exclusive du mari.

L'union des sexes est un acte délibéré, capable de sceller définitivement l'engagement des personnes. Éventuellement, des heures plus tard, un spermatozoïde pénétrera un ovule mais cet événement est alors une conséquence de la physiologie cellulaire qui ne requiert nullement la participation volontaire des conjoints.

Il s'ensuit que l'apport des gamètes, par l'union des personnes, "acte d'amour" proprement dit, diffère de la fécondation, "acte de naissance" si l'on peut dire, de l'être nouvellement conçu.

Les interventions du technicien peuvent donc se développer sur deux registres différents :

- S'il se fait livreur de gamètes, il s'arroge en cela, par seringue interposée, le privilège du mari. En ce sens très réel, il y a substitution de personne.
- En revanche, s'il lève l'obstacle à la conjonction des cellules reproductrices en surmontant un empêchement anatomique, infectieux, hormonal ou métabolique, il agit strictement en aidant la nature, fonction propre au médecin.

Cette distinction opérationnelle entre la *substitutio personarum* et *l'adjutorium naturae*, d'ailleurs pleinement conforme à la saine doctrine, peut sembler au premier abord un peu bien académique. Il n'en est rien pourtant, comme on voit par la réflexion fort éclairante (2) d'une femme venant de subir le transfert de son embryon après fécondation extra-corporelle. Les trois techniciens avaient opéré dans une atmosphère respectueuse, égayée par une musique douce. Quelques instants plus tard les opérateurs s'étant retirés, la future mère, à son mari troublé lui demandant comment la chose s'était passée, répondit tout à trac : "j'ai fait l'amour avec les trois". Cette phrase qui brave un peu l'honnêteté est une évocation réaliste, ou plutôt sur-réaliste, que seule une femme pouvait découvrir, de la substitution des personnes décrites par les moralistes.

Sur cette planète, l'homme est le seul à se demander qui il est, d'où il vient et à entendre parfois la question redoutable : qu'as-tu fait de ton frère ? Qu'as-tu fait de ton enfant ?

Il est aussi le seul à connaître, et ceci depuis toujours, la mystérieuse relation entre l'amour et l'enfant. Le chimpanzé le plus malin, le plus parfaitement dressé, ne pourra jamais comprendre qu'il existe un rapport entre la monte de sa guenon et la survenue neuf mois plus tard d'un petit qui lui ressemble. L'homme, lui, a toujours su que la passion voluptueuse est liée par nature à l'engendrement du semblable ; les Anciens, avec la plus grande justesse, représentaient la passion de l'Amour sous les traits d'un enfant.

Cette immense découverte confère à notre comportement amoureux une perspective ignorée de tous les autres vivants. Il en résulte que dissocier l'enfant de l'amour est, pour notre espèce, une erreur de méthode :

- la contraception, qui est faire l'amour sans faire l'enfant,
- la fécondation extra-corporelle, qui est faire l'enfant sans faire l'amour,

(2) Testard J., *L'Œuf transparent*, Flammarion, 1986.

- l'avortement, qui est défaire l'enfant,
- et la pornographie, qui est défaire l'amour,
se trouvent, à des degrés divers, incompatibles avec la morale naturelle.

3 - Vers l'éthique étatique

Puisque la technique évolue et pose des questions si nouvelles que la morale s'essouffle à la suivre, il n'est que d'inventer une éthique nouvelle. Il y a des Comités pour ça.

Certaines manipulations paraissent-elles immorales ? Mais, nous dit-on, ces expériences sont "moralement nécessaires et nécessairement immorales", sans se demander si elles ne sont pas tout simplement "moralement inutiles et inutilement immorales". De plus, enchaîne-t-on pour nous rassurer : l'État viendra par la suite décréter le Bien et le Mal ; ainsi sera fondée une éthique étatique.

D'ailleurs, les avancées technologiques effaceront les difficultés qui peuvent choquer aujourd'hui.

- Objectez-vous à la congélation des tout jeunes humains ? Attendez que la congélation des ovules soit tout à fait au point et la banque d'ovocytes remplacera la banque d'embryons.

- Réprouvez-vous l'avortement eugénique de patients âgés de quelques mois *in utero* et reconnus porteurs d'une affection redoutable ? Encore quelques progrès et toutes ces maladies seront décelables chez l'embryon de quelques jours... Il suffira de ne pas l'implanter.

Dans cette profession de foi expérimentaliste, la manipulation est la seule espérance et le raffinement technique, l'ultime charité. Ces vertus nouvelles méritent qu'on les juge à leurs conséquences avant de les accepter.

Selon la loi britannique "*Human fertilisation and Embryology 1990*" (presque illisible pour le non spécialiste tant le texte est touffu) une "*Authority*" nommée par le Secrétaire d'État, est habilitée à donner licence d'expérimenter sur les embryons humains.

Le tout jeune être conçu *in vitro* se trouve alors promis à l'expérimentation à deux conditions seulement :

a) qu'il n'ait pas dépassé l'âge de quatorze jours révolus depuis la fécondation (le temps passé au congélateur n'étant pas pris en considération),

b) qu'il soit dûment éliminé après usage, avant le quinzième jour de sa vie.

Deux conséquences de cette éthique étatique, autorisant la vivisection avant le quatorzième jour de la vie, sont déjà connues.

La première est technologique. Ainsi que l'ont montré Monk *et al.* (3) il est possible de retirer une seule cellule d'un tout jeune embryon (au stade de huit cellules) sans trop compromettre sa survie et son développement. Par amplification de l'ADN de cette seule cellule, il devient possible de déterminer certaines particularités génétiques grâce à des sondes appropriées.

Est-ce un garçon ou une fille ?

Ou même, dans certaines familles à risque, ce sujet est-il atteint d'une maladie génétique particulière, d'une mutation portant sur une seule lettre du message génétique ?

Ces prouesses technologiques, quasiment inimaginables il y a quelques années (avant la découverte de la multiplication artificielle de séquences de l'ADN par

(3) Monk *et al*, "Preimplantation sexing and diagnosis of hypoxanthine phosphoribosyl transferase deficiency in mice by biochemical microassay", *American Journal of Medicine and Genetics*, 35, 1990, pp. 201-205.

la P.C.R.), sont dès aujourd'hui réalisées. On propose donc le contrôle de qualité de l'embryon conçu *in vitro*. En cas de maladie liée au sexe comme l'hémophilie, tous les mâles seront rejetés. En cas de mutation génique, les porteurs de la tare seront éliminés.

La puissance d'investigation de la biologie moléculaire contraste ici prodigieusement avec l'incroyable myopie des expérimentateurs : capables de reconnaître sur une seule cellule du tout jeune embryon s'il porte ou non une mutation minuscule, ils détectent sa particularité et ne voient pas son humanité !

La seconde est juridique. Compte tenu de l'"*habeas corpus*", aucune loi anglaise ne peut autoriser la vivisection d'un membre de notre espèce sauf si l'embryon de moins de quinze jours n'est pas humanisé, n'est pas un être humain. Comme ce texte tient sa validité d'un vote du Parlement et de la signature royale, il en résulte une curieuse difficulté.

Si la loi dit vrai, pendant les quatorze premiers jours de sa vie, la Reine d'Angleterre n'était pas un être humain. De ce fait (toujours si la loi dit vrai), la continuité dynastique s'est trouvée interrompue à chaque génération, par un maillon intérimaire non-humain. La signature royale est alors, généalogiquement parlant, frappée d'invalidité ! Mais que dire des membres des deux chambres (toujours si la loi dit vrai) ? ils furent tous, au moins pendant quatorze jours, des êtres non-humains ! Et pour le généticien que je suis, il paraîtrait tout à fait immoral de confier les destinées d'une noble nation à d'anciens animaux...

Il est clair que cette loi ne dit pas le vrai, et le simple bon sens nous l'assurait déjà ; la reine d'Angleterre était un être humain dès le premier instant de sa conception, le contraire serait proprement inconcevable. Quant à tous les sujets de sa Gracieuse Majesté, y compris les Membres du Parlement, ils sont et ont toujours été des êtres humains à part entière depuis le tout début de leur vie.

Ainsi l'éthique étatique, qui tentait de contourner le problème, ne peut éluder la question qui fonde la morale : qu'est-ce qu'un être, qu'est-ce qu'un humain, qu'est-ce qu'une personne ?...

Il me reste à discuter des questions si fondamentales que l'on n'y peut répondre qu'avec la plus grande brièveté.

Quand commence un être ?

Au moment de sa conception.

Qu'est-ce qu'un être humain ?

Un membre de notre espèce.

Qu'est-ce qu'une personne ?

Un être humain vivant.

Voilà ce que nous enseignerait, je crois, non point la Fausse Suivante mais la Maîtresse de Vérité si nous osions l'interroger. Mais, pour entendre vraiment sa réponse, quelques heures ne pourraient suffire. Il y faut toute la vie.

LE RECOURS AUX EXAMENS GÉNÉTIQUES SELON LE PROJET DE RÉFORME DU CODE CIVIL

Par

Marc FOLLANA-MASSOT et Bérengère LASSALLE
D.E.A. de Recherche fondamentale en droit privé
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

PLAN

PREMIÈRE PARTIE - LA CARACTÉRISATION DES PERSONNES PAR EXAMEN GÉNÉTIQUE

Section 1 - Les finalités des examens génétiques
§ 1 - Les examens génétiques pratiqués à des fins médicales
A) Le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'embryon ou le fœtus
B) Le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'adulte
§ 2 - Les examens génétiques pratiqués à des fins de recherche scientifique
A) La question de la brevetabilité du génome humain
B) Les problèmes liés à l'application des découvertes

Section 2 - Le consentement de l'intéressé aux examens génétiques
§ 1 - L'exercice du consentement
§ 2 - La restriction apportée à l'exercice du consentement

DEUXIÈME PARTIE - L'IDENTIFICATION DES PERSONNES PAR EXAMEN GÉNÉTIQUE

Section 1 - Le domaine de l'utilisation de l'examen génétique
§ 1 - L'utilisation judiciaire
A) L'utilisation au cours d'un procès civil
a/ Actions
b/ Autorisation judiciaire
c/ Consentement
B) L'utilisation au cours d'un procès pénal
§ 2 - L'utilisation à des fins médicales ou de recherche scientifique
A) Tentative de définition des fins médicales ou de recherche scientifique
B) Tentative d'explication de l'exception au principe du consentement

Section 2 - Les personnes habilitées à procéder aux examens génétiques

INTRODUCTION

Les récentes avancées de la science dans le domaine de la génétique et les nombreuses difficultés qu'elles font naître ont finalement contraint le législateur à réagir et à prévoir un encadrement juridique à de telles pratiques.

De nombreux auteurs et praticiens, et notamment M. Braibant avaient déjà souligné la nécessité d'intervenir en la matière et plus particulièrement de légiférer. Selon lui, en effet, «...la loi est l'instrument privilégié pour résoudre les questions posées par le développement des sciences de la vie. Elle peut intervenir rapidement. Elle s'applique également à tous sur tout le territoire. Elle est assortie de sanctions pénales, administratives et disciplinaires les mieux adaptées à la mise en œuvre des règles qu'elle pose.» (1).

Ainsi, le projet de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil envisage-t-il une première approche de la question dans son titre II : «Des tests génétiques et de l'identification des personnes par leurs empreintes génétiques» (2). Pour des raisons terminologiques (3) , l'intitulé de ce titre a été modifié dans le sens d'une plus grande précision. Il est devenu à l'issue des travaux parlementaires : «Des caractéristiques et de l'identification des personnes par examen génétique».

Le projet de loi a voulu encadrer en l'espèce deux techniques génétiques spécifiques qui n'ont pas les mêmes finalités. Il convient donc de bien les distinguer :

- L'étude des caractéristiques d'une personne vise «à rechercher les caractères normaux ou anormaux d'un individu sur le plan de sa santé». On va essayer en effet de diagnostiquer une maladie héréditaire chez un patient à risque grâce à un certain type d'examen génétique.

- Par contre, l'identification d'une personne «ne concerne pas forcément des problèmes médicaux» (4). Elle tend plutôt à découvrir la paternité ou la culpabilité d'un individu par le biais de ses empreintes génétiques.

Il est clair que ces deux techniques vont poser chacune des difficultés spécifiques qu'il conviendra d'étudier séparément. En conséquence, nous envisagerons, dans une première partie, la caractérisation des personnes par examen génétique, pour analyser dans une seconde partie l'identification des personnes par examen génétique.

(Nous devons souligner, avant d'entamer cet exposé que le projet de loi n'a fait l'objet que d'une première lecture devant l'Assemblée nationale et qu'il n'a pas encore été présenté devant le Sénat. Il reste donc toujours susceptible d'être remanié.)

---

(1) M. Barzach, «Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie» , *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 141 ; G. Braibant, «Pour une grande loi», *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 109 ; W. Graf-Vitzhum, «La technologie génétique : entre la dignité de l'Homme et la liberté de la recherche», *R.R.J.*, 1986-1, p. 63.

(2) Assemblée nationale, *J.O. projet de loi*, n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, p. 13.

(3) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, première séance du 23 novembre 1992, p. 5862-5863.

(4) Intervention de M. Mattéi, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, p.5869.

PREMIÈRE PARTIE
LA CARACTÉRISATION DES PERSONNES PAR EXAMEN GÉNÉTIQUE

À l'issue des travaux parlementaires (5), l'article 25 du projet de loi dispose : «L'étude des caractéristiques d'une personne par son examen génétique ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ainsi que dans les cas prévus par la loi. Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à l'exécution du test sauf nécessité médicale».

Il ressort de l'analyse de ce texte que les conditions d'exercice de ces examens génétiques sont strictes. Ils ne peuvent en effet avoir que certaines finalités (Section 1). De plus, le consentement de l'individu sur lequel ils sont pratiqués joue un rôle déterminant (Section 2).

SECTION 1 - LES FINALITÉS DES EXAMENS GÉNÉTIQUES

L'analyse de l'alinéa premier de l'article 25 fait apparaître que ces examens peuvent avoir une double finalité : ils ne peuvent être pratiqués qu'à des fins médicales (paragraphe 1) ou de recherche scientifique (paragraphe 2).

§ 1 - Les examens génétiques pratiqués à des fins médicales

Les examens génétiques à des fins médicales portant sur les caractères d'un individu permettent essentiellement de diagnostiquer les maladies génétiques qu'il développera ou qu'il risque de développer ultérieurement.

On parle en la matière, selon la formule du professeur Dausset (6), de "médecine prédictive". Ce diagnostic par génie génétique peut être obtenu à n'importe quel stade du développement d'un être humain et il pose alors, à chacun de ces niveaux, des difficultés spécifiques.

Il convient donc d'étudier dans un premier temps, le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'embryon et le fœtus pour envisager dans un second temps, celui effectué sur l'adulte.

A) Le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'embryon ou le fœtus

Nous n'analyserons que succinctement ce type de diagnostic génétique car, bien que cela puisse paraître surprenant, la pratique de ces examens a été réglementée séparément dans le projet de loi n° 2600 (7) modifiant le code de la santé publique. Cependant, il convient de les envisager car le projet de loi modifiant le code civil fixe un cadre général à leur exercice.

Le diagnostic anténatal permet à un couple risquant de transmettre à sa descendance une maladie héréditaire ou ayant déjà donné naissance à des enfants atteints d'anomalies, de connaître l'état de santé de l'embryon. Il peut être effectué *in utero* (diagnostic prénatal en cours de grossesse) ou, depuis peu, il peut se pratiquer *in vitro* c'est-à-dire au cours d'une procréation médicalement assistée (diagnostic pré-

(5) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, première séance du 23 novembre 1992, p. 5862.
(6) J. Dausset, «Bio-éthique et médecine prédictive», *Bio-éthique*, volume II, n° 3, mai/juin 1991.
(7) Assemblée nationale, *J.O. projet de loi* n° 2600, «Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et modifiant le code de la santé publique».

implantatoire). Bien que cette dernière catégorie de diagnostic anténatal ait fait l'objet d'un moratoire du Comité consultatif national d'éthique (8), il semble que le projet de loi n° 2600 admette aujourd'hui son exercice de manière restrictive (article L 671-2) (9).

Dans la plupart des cas, le diagnostic se révélera négatif. L'examen a établi que l'embryon est normal ou que l'ovocyte que l'on veut implanter est sain. La grossesse pourra être entamée ou poursuivie. Toutefois, si le diagnostic apparaît positif, ses conséquences sont graves et ne vont pas sans difficultés :

- Dans le cas d'un diagnostic prénatal en cours de grossesse révélant une anomalie grave, ce dernier peut déboucher sur l'avortement thérapeutique. La loi du 17 janvier 1975 autorise en effet l'IVG à tout moment sur avis de deux médecins et avec l'accord des parents.

- Dans le cas d'un diagnostic pré-implantatoire, on aboutit au «tri génétique» des embryons c'est-à-dire que l'on sélectionnera parmi les ovocytes disponibles celui qui ne présentera aucune anomalie. Cette technique évite notamment le recours à l'avortement thérapeutique.

Cependant, dans les deux situations, il ne faut pas méconnaître que l'on admet le principe de la suppression des malades que l'on ne peut pas guérir.

De plus, se profile, principalement pour le diagnostic pré-implantatoire, le spectre de l'eugénisme dénoncé par de nombreux auteurs (10). Le risque de voir les embryons sélectionnés ou détruits tout d'abord en fonction de leur normalité, puis en fonction de leurs caractéristiques (ex. : sexe, quotient intellectuel...) se fait jour.

Certains scientifiques comme le professeur Edwards, auteur anglais du premier bébé FIV, ne cachent d'ailleurs pas leurs intentions : «Aucun enfant nouveau né ne devrait être reconnu humain avant d'avoir passé un certain nombre de tests, tests portant sur sa dotation génétique. S'il échoue, il perd son droit à la vie. Nous devons améliorer l'espèce humaine» (11). Cependant, outre ces positions extrêmes, comme le précise M. Mattéi, il est délicat de «connaître à partir de quel moment un seuil est franchi ou non» vers la voie de l'eugénisme (12).

C'est afin de pallier ce risque de dérive eugénique qu'à la suite des propositions du rapport Braibant (13), les parlementaires ont modifié l'article 20 du projet de loi afin qu'il interdise clairement «toute pratique eugénique tendant à la sélection des gènes, du sexe ou des caractères physiques ou raciaux d'êtres humains» (14). Ainsi a-t-on essayé de fixer un cadre général qui limite l'exercice de ces techniques. Cependant, on peut regretter qu'à l'instar du diagnostic prénatal en cours de grossesse, une réglementation précise n'ait pas été adoptée pour le diagnostic pré-implantatoire dans le cadre du projet de loi modifiant le code de la santé publique.

Ne peut-on pour clore la question citer la phrase d'Albert Jacquard : «Notre richesse collective est faite de notre diversité. L'"autre", individu ou société, nous est précieux dans la mesure où il est dissemblable» (15).

---

(8) CCNE, Avis du 15 décembre 1986 et du 18 juillet 1990, Rapport 1991, *Documentation Française*, p. 17.

(9) C. Boutin, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, 2ème séance du 20 novembre 1992, p. 5743.

(10) P.-A. Taguieff, «Sur l'eugénisme : du fantasme au débat», *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 25 ; J. Testart, «L'eugénisme est dans l'œuf», *Nouveaux cahiers*, n° 107, 1992 ; F. Gros, «La tentation de l'eugénisme», *La civilisation du gène*, Hachette, 1989, p. 108.

(11) P.-F. Edwards cité par C. Boutin, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 19 novembre 1992, p. 5743.

(12) J.-F. Mattei, Assemblée nationale, *J.O., Rapport d'information* n° 2565, p. 52

(13) Conseil d'État, rapport n° 4855, «Sciences de la vie : De l'éthique du droit», *Documentation française*, 1988, p. 85.

(14) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 20 novembre 1992, p. 5841.

(15) A. Jacquard, *Éloge de la différence : la génétique et les hommes*, Éditions du Seuil, 1981.

Si le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'embryon pose de délicats problèmes éthiques, le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'adulte ne va pas également sans difficultés.

B) Le diagnostic génétique à caractère médical pratiqué sur l'adulte.

Le diagnostic génétique pratiqué sur l'adulte lui permet de connaître par avance et donc de combattre de manière préventive, la maladie génétique dont il est atteint ou qu'il risque de développer. Tel est le cas notamment de la chorée de Huntington qui ne se développe qu'entre quarante et soixante ans (16).

Si cette information peut avoir des effets bénéfiques pour l'individu, pour sa santé, elle peut également avoir des effets pervers. En effet, comme le précise M. Kaplan (17) : «La médecine prédictive est une arme à double tranchant : d'une part, elle vise à libérer l'Homme du fardeau génétique, d'autre part, elle risque de restreindre sa liberté en exposant ses faiblesses constitutionnelles».

Ainsi, le dépistage génétique à l'embauche pourrait être présenté comme légitime s'il est nécessaire à la sécurité de l'employé et des personnes qui l'entourent. En effet, l'examen génétique du salarié permettrait avec plus ou moins de certitude de mettre en évidence l'inadaptation du travailleur à l'emploi. Cette possibilité a déjà été utilisée aux États-Unis pour la maladie précitée qui entraîne notamment certains troubles de la vue et des moments d'absence. Cet état de fait exclut le salarié de professions particulières (ex. : pilote d'avion).

Cependant, il est à craindre que ces tests ne soient pratiqués systématiquement pour n'importe quelle demande d'emploi. Ainsi, les salariés porteurs de telle ou telle maladie seraient-ils exclus du marché du travail.

Dans un avis du 15 décembre 1989 (18), le Comité consultatif national d'éthique avait dénoncé le risque considérable d'entrave à la liberté du travail. De même, le Conseil de l'Europe, dans une recommandation adoptée en février 1992 (19), interdisait-il au principe n° 8 que «l'accès à certaines activités ne puisse dépendre de tests génétiques ou des résultats de tests déjà réalisés».

De la même manière, en matière d'assurance, «l'application de ces examens au preneur d'une assurance vie ou d'une assurance maladie pourrait aboutir soit à exclure dans une large mesure les personnes à risque génétique, soit à exiger de leur part un versement de primes majorées».

C'est afin de pallier de tels excès que le projet de loi limite l'utilisation de ces tests à des fins strictement médicales. Le législateur a pensé ainsi éviter tout détournement d'information sur les caractères d'une personne dans un but qui pourrait lui nuire.

En conséquence, il a été prévu de rajouter dans le code pénal une sanction en cas de violation des finalités de ces examens, peine consistant en une amende de vingt mille à deux millions de francs (20). Il est également été envisagé lors des débats parlementaires d'aggraver cette peine (21) et de prévoir que cette infraction pourra engager la responsabilité pénale des personnes morales.

---

(16) C. Suzanne, *Les manipulations génétiques : jusqu'où aller ?*, De Boeck, 1991, p. 121.
(17) J.-C. Kaplan, *Rapport Lenoir*, 1991, p. 171.
(18) CCNE, Avis du 15 décembre 1989, Rapport 1989, *Documentation française*, p. 35.
(19) Recommandation n° R(92)-3 sur les tests et le dépistage génétique à des fins médicales, *J.I.B.* n° 3, 1992, p. 176.
(20) Assemblée nationale, *J.O. projet de loi* relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2599, article 6, p. 14 et Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégrale, 2ème séance du 23 novembre 1992, p. 5873-5874.
(21) L'«amende de vingt mille à deux millions de francs» devrait être remplacée par une «amende de deux millions de francs».

Si les problèmes éthiques posés par les examens génétiques pratiqués à des fins médicales sont importants, ceux engendrés par les examens génétiques pratiqués à des fins scientifiques sont tout aussi épineux.

§ 2 - Les examens génétiques pratiqués à des fins de recherche scientifique

Actuellement, l'essentiel des examens génétiques pratiqués à des fins de recherche scientifique s'inscrit dans le cadre d'un programme de recherche intitulé «Génome humain». Mis en place depuis les années quatre-vingt (22), ce dernier est un programme scientifique international qui a pour objectif d'établir la cartographie génétique du génome humain. Cela permettrait notamment de connaître les différentes fonctions du gène pour en comprendre le dysfonctionnement. Toutefois, certaines difficultés se sont fait jour : l'une liée à la commercialisation des résultats obtenus ; l'autre liée à l'application de ces découvertes.

A) La question de la brevetabilité du génome humain

Breveter, c'est réclamer la propriété sur une découverte et donc se réserver le droit d'usage et d'étude de celle-ci.

La position française à l'égard de la brevetabilité du génome humain est aujourd'hui claire. En effet, à l'initiative de MM. Toubon et Mattéi, un amendement a été apporté à l'article 21 du projet de loi, introduisant un alinéa 3 qui précise : «Les organes, tissus, génomes et produits du corps humain ne peuvent pas en tant que tels faire l'objet de brevet» (23). Cette solution s'inscrit dans le principe traditionnel de l'indisponibilité du corps humain.

Précédemment, le Comité consultatif national d'éthique, dans un avis du 2 décembre 1991, avait pris position en ce sens affirmant même que le génome humain fait partie du patrimoine commun de l'humanité. «Le brevet protégeant des fractions d'ADN apparaît dans les conditions où il est revendiqué... comme constituant un détournement des conditions normales et éthiquement admissibles en vue d'obtenir un avantage économique injustifié» (24). De plus, en juin 1991, l'idée d'un traité international pour réguler l'utilisation de la recherche sur le génome humain avait été avancée.

Cependant, la difficulté est née de l'initiative prise par certains scientifiques américains. En effet, le professeur Venter a en juillet 1991, effectué une demande de brevets pour des séquences partielles d'ADN. Les enjeux financiers sont en effet importants, notamment dans le domaine pharmaceutique.

Cette attitude s'est heurtée à la réprobation de la communauté scientifique internationale car elle remet en cause le programme «génome humain» (25).

En effet, en réponse, les scientifiques britanniques ont affirmé que si les chercheurs américains persistaient dans la voie de la brevetabilité, ils seraient contraints de retarder la publication de leurs découvertes, voire de les breveter à leur tour (26). La communauté scientifique internationale semble donc se désolidariser et l'on doit

(22) R. Dulbecco, Conférence de Santa Cruz, 1985, Assemblée nationale, Rapport n° 2588, tome I, fascicule n° 5, p. 4.
(23) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1992, amendement n° 10, p. 5844-5846.
(24) CCNE, Avis du 2 décembre 1991, Rapport 1991, *Documentation Française*.
(25) Troisième congrès Human genome de San Diego, le 21 et 23 octobre 1991, rapport n° 2855, volume I, fascicule n° 5, p. 31.
(26) D.A. Reed, *Nature*, n° 354, 1991, p. 426 cité dans rapport n° 2855, volume I, fascicule 5, p. 31.

attendre pour connaître qui des objectifs altruistes du programme «génome humain» ou de la compétition industrielle l'emportera.

L'application de ces découvertes qu'elles soient ou non brevetées dans l'avenir, pose également des difficultés.

B) Les problèmes liés à l'application des découvertes

La finalité du programme «génome humain» est d'établir une cartographie du génome. On veut, en effet, découvrir l'ensemble des cinquante mille à cent mille gènes supposés exister. Une faible fraction de ces derniers est à ce jour connue.

Ces découvertes peuvent être utilisées de deux manières : d'une part, afin d'améliorer le dépistage des maladies (médecine prédictive), d'autre part, afin de guérir ces dernières (médecine curative).

Dans le domaine du dépistage des maladies, les progrès peuvent avoir des conséquences bénéfiques mais les recherches prennent actuellement une direction qui semble inquiétante. En effet, si elles se sont d'abord portées sur le dépistage des maladies génétiques, puis des maladies classiques (ex. : cancer), les scientifiques travaillent également sur l'existence d'éventuels gènes de la sénescence, de l'intelligence et sur le rapport qui pourrait exister entre les gènes et les comportements sociaux. Si ces recherches peuvent paraître surprenantes, elles nous semblent dangereuses dans le sens où elles évacuent la notion d'être humain au profit de celle de «Machine programmée» (27). Elles alimentent ainsi le fantasme de «la découverte d'un programme permettant la maîtrise de l'Homme sur l'Homme».

Dans le domaine de la médecine curative, le problème est autre. La guérison d'une maladie génétique ne peut se faire que par thérapie génique c'est-à-dire que l'on va «corriger un gène absent ou défectueux par son équivalent fonctionnel» (28). Une *summa divisio* doit être faite entre deux types de thérapies géniques :

- D'une part, la thérapie somatique qui entraîne une modification du capital génétique concernant seulement des cellules non reproductives de l'organisme. Cette dernière est autorisée mais pour le moment elle ne reçoit que des applications limitées. En effet, les conséquences de l'introduction d'un gène nouveau dans le génome sont aujourd'hui difficilement contrôlées.

- D'autre part, la thérapie germinale qui entraîne une modification du capital génétique des cellules reproductrices et qui a pour conséquence une modification du génome de tout l'individu, modification qui sera transmise à sa descendance. On constate que cette technique est susceptible d'entraîner une modification du patrimoine génétique de l'Homme. De plus, on peut y voir également «une méthode eugénique, incitant à l'amélioration génétique des populations par élimination des anomalies». À ce titre, elle a été condamnée par de nombreuses autorités et notamment le Comité consultatif national d'éthique qui dans un avis du 13 décembre 1990 (29) exclut formellement toute tentative de thérapie génique germinale. De même, depuis 1990, la loi allemande prévoit-elle que toute personne qui modifie artificiellement l'information génétique des cellules humaines de la lignée germinale est punie d'emprisonnement (30). Enfin, le rapport Lenoir a pris position contre une telle technique.

(27) CCNE, Avis du 2 décembre 1991, précité.
(28) J. Leclercq, «Thérapie génique», *Médecine fœtale*, n° 11, septembre 1992, p. 17.
(29) CCNE, Rapport 1990, Avis du 13 décembre 1990, *Documentation française*, 1991, p. 34.
(30) Amendement n° 6, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1992, p. 5841.

C'est dans ce contexte qu'un amendement apporté à l'article 20 alinéa 3 précise qu'«aucune modification ne peut être apportée au génome ou aux cellules humaines d'une personne dans le but d'en altérer la descendance».

Ainsi, dans le sillage du principe de l'inviolabilité du corps humain, l'intégrité de l'espèce humaine est-elle protégée (articles 17 alinéa 4 et 20 alinéa 1). Cette notion a été préférée pour des raisons terminologiques à celle de patrimoine génétique humain. En effet, comme l'a souligné M. Mattéi, «il est difficile de faire allusion au patrimoine pour ajouter un peu plus loin, qu'il n'y a pas en l'espèce de droit patrimonial» (31).

Nous venons d'étudier dans une première section quelles sont les finalités des examens génétiques effectués afin de connaître les caractéristiques d'une personne ; il reste maintenant à analyser l'autre condition d'exercice de ces examens : le consentement de l'individu sur lequel ils sont pratiqués.

SECTION 2 - LE CONSENTEMENT DE L'INTÉRESSÉ AUX EXAMENS GÉNÉTIQUES

Outre le cadre général fixé par l'article 19 du projet de loi prescrivant le consentement de la personne en cas d'atteinte à l'intégrité du corps humain (32), l'article 25 alinéa 2 exige également de manière spéciale le consentement de l'intéressé aux tests génétiques.

Initialement, l'article 25 alinéa 2 disposait : «Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à l'exécution du test» (33).

A la suite des travaux parlementaires, la rédaction de cet alinéa a été modifiée et l'on a vu apparaître une exception à l'exercice du consentement : «Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'examen, sauf nécessité médicale» (34).

Deux points semblent en l'espèce particulièrement intéressants à développer : l'exercice du consentement d'une part (paragraphe 1) ; la limite apportée à ce dernier d'autre part (paragraphe 2).

§ 1 - L'exercice du consentement

Plusieurs éléments sont à étudier :

Tout d'abord, ne peuvent consentir valablement les incapables majeurs ou mineurs ainsi que les capables majeurs inconscients ou décédés. L'exercice du consentement est donc en principe réservé aux seuls majeurs capables et conscients.

Ensuite, il semble qu'en imposant le consentement de l'intéressé préalablement à l'exécution de l'examen, les auteurs du projet de loi aient voulu insister sur la protection de la liberté individuelle et sur l'autonomie de la volonté.

Cependant, il est intéressant de remarquer qu'en l'espèce l'exigence traditionnelle du consentement «libre et éclairé» n'apparaît pas. Pourtant, nous avons examiné les conséquences que pouvaient entraîner de tels examens pour l'individu (ex. : diagnostic d'une maladie génétique future, utilisation des informations tirées du test...).

---

(31) J.F. Mattei, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1992, p. 5841.
(32) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1992, amendement n° 5, p. 5839-5840.
(33) Assemblée nationale, *J.O., projet de loi* n° 2599, p. 13.
(34) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, amendement n° 73, p. 5868.

Il semble donc important d'une part que la personne sache à quoi elle s'engage en se prêtant à de tels examens. D'autre part, il est également essentiel que la personne soit libre de toute influence. Dans un avis du 15 juin 1991, le Comité consultatif national d'éthique a pris nettement position en ce sens : «s'agissant de la pratique consistant à faire un examen qui pourrait révéler la présence d'un gène muté ou de susceptibilité dans le capital génétique d'un individu, qui pourrait avoir, un effet profond sur sa vie, il est indispensable de s'assurer :

- de la liberté de choix en dehors de toute cœrcition,
- d'une compréhension complète des implications d'une telle décision,
- le sujet demandeur devrait avoir la capacité juridique de donner un consentement éclairé».

Dans ces conditions, on peut se demander pourquoi le consentement n'a pas été plus amplement précisé. On ne peut admettre l'idée que ces caractéristiques aient été sous-entendues.

À la lecture des travaux parlementaires (35), il semble que l'hostilité constante de certains députés (36) vis-à-vis du consentement de l'individu en cette matière ait abouti à éluder la question et à restreindre l'importance du consentement existant. Une telle discussion avait également eu lieu pour l'article 19 du projet de loi (37), et, à l'issue d'âpres débats, le consentement en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle d'un individu a été maintenu et doit désormais être «éclairé».

Enfin, on doit remarquer que contrairement à de nombreux textes et notamment la loi du 20 décembre 1988 (38), rien n'a été prévu pour rétracter son consentement sans engager sa responsabilité. On peut penser que ce droit est implicitement reconnu aux personnes se prêtant à ces examens.

Il convient maintenant d'analyser la limite apportée à l'exercice du consentement.

§ 2 - La restriction apportée à l'exercice du consentement

Sous la pression de députés hostiles au consentement en cette matière, un amendement au texte initial a été adopté apportant une limite : l'accord de la personne doit donc être en principe préalablement recueilli *sauf nécessité médicale* (39).

Par comparaison avec l'article 19 du projet de loi, cette restriction à l'exercice du consentement est plus large que celle apportée en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne puisqu'on parle en l'espèce de nécessité thérapeutique (40). Cette dernière vise à traiter et soigner les pathologies dans les situations d'urgence.

À l'inverse, la nécessité médicale n'a pas forcément un but curatif. Comme le précise M. Mattéi, elle aboutit «à laisser les médecins prendre des initiatives dans l'intérêt même des familles» (41). La marge d'action laissée aux médecins semble donc en matière d'examens génétiques, plus importante. Doit-on le craindre ? Il faut signaler que cet amendement bien qu'adopté n'a pas reçu l'assentiment de tous et

(35) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, première séance du 23 novembre 1992, p. 5862 à 5868.
(36) Assemblée nationale, *J.O. rapport*, n° 2871, tome I, p. 142-143.
(37) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1991, p. 5838 à 5841.
(38) *J.O. lois et décrets*, 22 décembre 1988, Loi 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, article L 209-9, alinéa 5.
(39) Intervention de M. Mattéi, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, première séance du 23 novembre 1992, amendement n° 73, p. 5863.
(40) Assemblée nationale, *J.O., projet de loi* n° 2599, p. 12.
(41) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, troisième séance du 20 novembre 1991, p. 5838 à 5841.

Mme Boutin a notamment fait remarquer «qu'une fois de plus, on fonde une exception sur une raison médicale» (42).

DEUXIÈME PARTIE
L'IDENTIFICATION D'UNE PERSONNE PAR EXAMEN GÉNÉTIQUE

Avant d'exposer le contenu du projet de loi, il est nécessaire de s'attacher à définir l'«empreinte génétique». En effet, uniquement soucieux de fournir à cette technique un encadrement juridique, le projet de loi n'en donne pas de définition.

La technique fut créée par les professeurs britanniques A. Jeffreys, J. Brockfields et R. Semenoff et révélée à la presse en 1985 (43). Elle repose sur le constat de l'unicité biologique de tout individu. Si l'on excepte le cas des vrais jumeaux, chaque être humain possède un patrimoine héréditaire original fourni par moitié par chacun de ses auteurs. Ce patrimoine, ou génome, est fixé au moment de la fécondation et se retrouve inscrit dans le noyau de chaque cellule du corps (44) sous la forme de 23 paires de chromosomes constitués d'une molécule complexe d'acide désoxyribonucléique (ou ADN) (45).

La technique proprement dite peut être présentée comme suit : des fragments d'ADN sont isolés, marqués puis agrandis ; ils impressionnent alors un film sensible noir et blanc dont on aura recouvert le support (autoradiogramme), en y laissant des raies plus ou moins distinctes, dont le dessin rappelle les «codes-barres». La correspondance en nombre et par leur place des raies de deux autoradiogrammes permet de conclure à l'identité de leur source biologique. Les résultats sont donnés sur la base d'un calcul de probabilité réalisé à partir d'une étude de population américaine (46). En pratique, l'expert prendra position sur la base d'une probabilité plus ou moins élevée.

Alors que les traditionnels examens comparatifs des sangs nécessitent une prise de sang, l'empreinte génétique peut être établie non seulement à partir du sang mais aussi à partir de quelques échantillons de sperme, sécrétion vaginale, salive ou même de peau, viscères, ongles, dents, os, racines de cheveux, poils.

La technique est couramment utilisée aux États-Unis et en Grande-Bretagne en matière de crime, d'identification de cadavre, de filiation et d'immigration (47). En France, elle fut révélée au grand public lorsque les avocats de Luc Tangorre la sollicitèrent pour leur client soupçonné de viol. Elle passe désormais auprès du public pour une preuve simple, infaillible et universelle. Elle a pour avantage d'aboutir à des résultats d'une certitude plus élevée que celle obtenue par examen comparatif des sangs, et cela tant pour l'identification négative que positive. Si l'empreinte génétique est aujourd'hui la «reine des preuves», elle ne peut en revanche être sérieusement qualifiée de «preuve parfaite». En effet sa fiabilité n'est pas absolue et cela pour trois raisons.

---

(42) Intervention de Mme Boutin, Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, première séance du 23 novembre 1992, p. 5863.

(43) Voir en France, *Le Monde*, 3 décembre 1985, p. 12 ; *Science et Vie*, n° 823, avril 1986, p. 42.

(44) Hormis les cellules sexuelles (spermatozoïdes et ovules), qui ne comprennent que la moitié de la garniture chromosomique, et certaines cellules du système immunitaire.

(45) J.-Ch. Galloux, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?», *J.C.P.* éd. G, 1991, I, 3497, p. 104.

(46) Banque de données de la population en ADN du FBI (voir *Nature*, 12 septembre 1991, 353, p. 121).

(47) La technique est notamment utilisée par les familles originaires de pays du Commonwealth désirant faire entrer un de leurs proches en Grande-Bretagne. Elle permit également à un Ghanéen de prouver sa filiation naturelle afin d'obtenir un droit de résidence alors qu'il était soupçonné d'usurpation d'identité pour s'établir au Royaume-Uni (affaire citée par M. Gomez : «Un progrès à manipuler avec prudence, les empreintes génétiques», *Prévention santé*, n° 94, avril 1989, p. 44).

La première tient à la manière dont la technique est mise en œuvre. Rechercher une empreinte génétique et plus encore interpréter les résultats obtenus exige une haute spécialisation. Une maladresse dans la manipulation des échantillons prélevés peut être une source indécelable de faux diagnostic (48). La deuxième raison tient à la technique elle-même. Elle repose fondamentalement sur des calculs de probabilité. Cela aboutit au fait que le résultat, spécialement pour la détermination positive de la filiation, n'est jamais sûr à 100 %. Plus les études statistiques seront complètes, moins le résultat sera contestable (49). La troisième raison concerne uniquement le cas où la filiation en jeu est celle d'une personne décédée, dans l'hypothèse où l'on tente de vérifier cette filiation à partir de prélèvements réalisés sur des parents du défunt. Le résultat peut être faussé par exemple par le fait que le père supposé du défunt pourrait ne pas être son père biologique. Ainsi, dans l'état actuel des techniques, seule une empreinte génétique reposant sur des prélèvements réalisés sur le père prétendu, la mère et l'enfant peut être raisonnablement considérée comme fiable.

L'empreinte génétique étend par ailleurs le champ des possibilités d'investigation. Le décès d'une partie ou son absence ne mettent plus obstacle à la recherche de l'identification. Notamment, l'établissement d'une empreinte génétique à partir d'un prélèvement sur le cadavre d'une personne décédée depuis plusieurs années est techniquement réalisable alors qu'il devrait être pratiqué rapidement après la mort avec les méthodes hématologiques traditionnelles (50). C'est en matière de filiation que la technique est aujourd'hui la plus utilisée, en principe par comparaison des empreintes du père prétendu, de la mère et de l'enfant. Elle ne paraît cependant pas encore l'être en France, comme mode de recherche autonome, mais comme complément des méthodes hématologiques traditionnelles.

Avant même sa mise au point, d'autres modes scientifiques de preuve ont été admis par le droit français de la filiation. Le mode essentiel fut pendant de nombreuses années l'expertise sanguine. En matière d'action en recherche de paternité naturelle et d'action à fins de subsides, l'examen des sangs fut prévu par le législateur de 1972 comme fin de non-recevoir (articles 340-1, 1° et 3° et 342-4 du code civil). Par précaution pour l'avenir, furent plus précisément admis «l'examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine». L'objectif assigné à ces méthodes par les textes était uniquement la démonstration de l'impossibilité d'une paternité. En dehors du cadre de ces textes, les méthodes médicales furent admises par la jurisprudence dans les autres actions relatives à la filiation, et ceci à défaut de textes limitant les preuves admissibles. Les progrès de la biogénétique rattrapèrent rapidement le législateur puisque l'examen des sangs peut aujourd'hui révéler à un taux très élevé la probabilité voire la quasi-certitude d'une paternité.

L'article 26 du code civil tel qu'il est formulé aujourd'hui par le projet de loi pose un cadre général à la recherche de l'identification d'une personne par son empreinte génétique. La formulation utilisée marque le souci du législateur de limiter l'utilisation de cette technique aux seuls cas prévus par la loi : soit lors d'une procédure judiciaire, soit à des fins médicales ou de recherche scientifique. A cette délimitation précise du domaine de l'identification par empreintes génétiques (Section 1),

(48) CCNE, Avis du 15 décembre 1989, *Rapport scientifique*. Ce risque a notamment été illustré par un procès criminel aux États-Unis : une expertise contradictoire amena les parties à récuser les analyses de l'ADN (voir J.-C. Dreyfus, «Heurs et déboires des empreintes génétiques en médecine légale», *Médecine/Sciences*, n° 8, vol. 5, octobre 1989 ; E.-S. Launder, «DNA fingerprinting on trial », *Nature*, vol. 339, 1989, 501-505).
(49) J.-Ch. Galloux, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?», *op. cit.*, p. 105.
(50) *Ibid.*., p. 106.

vient s'ajouter une détermination des personnes habilitées à effectuer ce genre de recherches (Section 2).

SECTION 1 - LE DOMAINE DE L'UTILISATION DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES

§ 1 - L'utilisation judiciaire

Ce sont les articles 26, 27 et 29 du code civil qui envisagent cette utilisation, soit en matière civile, soit en matière pénale.

A) L'utilisation dans le cadre d'un procès civil

Le législateur a choisi de l'encadrer en définissant les actions concernées, l'autorisation judiciaire nécessaire et le consentement requis.

a) Actions

L'utilisation en matière civile est limitée à deux grands types de contentieux : celui de l'établissement ou de la contestation de paternité et celui de l'obtention ou de la suppression des subsides. Ici repose l'intérêt primordial des différents textes relatifs à l'empreinte génétique. Cette définition est très large mais amène quand même à exclure une matière qui aurait pu être envisagée : celle des empêchements à mariage. La possibilité d'utiliser l'empreinte génétique lors des examens sanguins prénuptiaux serait utile pour révéler un éventuel mariage incestueux. Ce risque est en effet réel et multiplié par la pratique des procréations médicalement assistées avec tiers donneur. Cette utilisation de la technique aurait cependant soulevé des difficultés dans la mesure où le législateur souhaite empêcher la recherche de l'identité du donneur en cas de recours à une telle méthode de procréation.

Concernant les utilisations autorisées par la loi en matière civile, soulignons que la jurisprudence a progressivement élaboré sur la base de la loi de 1972 des règles applicables à l'expertise sanguine (51) et valant *mutatis mutandis* pour l'empreinte génétique. Ainsi, avant la réforme de 1993 du droit de la filiation (52), on pouvait distinguer deux grandes catégories de situations : celles où le recours à l'empreinte génétique était obligatoire et celles où il était simplement facultatif.

Si dans certains cas il était obligatoire c'est parce que l'examen des empreintes génétiques était susceptible de constituer une fin de non-recevoir dont la prise en considération s'imposait au juge. Ainsi le juge ne pouvait refuser d'ordonner l'expertise même si elle était demandée pour la première fois en appel, les fins de non-recevoir pouvant être opposées en tout état de cause. Ces cas étaient ceux prévus par les articles 340-1, 1° et 3° et 342-4 du code civil : le défendeur à une action en recherche de paternité ou à fins de subsides pouvait demander à prouver grâce à l'empreinte génétique qu'il ne pouvait être biologiquement le père (53).

Dans les autres cas, l'expertise n'était que facultative pour le juge. Comme toute mesure d'instruction, elle pouvait être ordonnée, à la demande des parties ou

(51) La porte légale fut ouverte à l'expertise sanguine en 1955 alors que les recueils de jurisprudence y font référence dès 1937 (voir A. Bottiau, «Empreintes génétiques et droit de la filiation», *D.* 1989, Chronique, XLIII, p. 271).

(52) Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *J.O. Lois et décrets*, 9 janvier 1993 ; *J.C.P.* éd. G, 1993, III, 65905.

(53) G. Sutton, *Encyclopédie Dalloz, Procédure civile*, Filiation, n° 249 et s.

d'office, en vertu des articles 143 et 144 N.C.P.C., dès lors qu'elle s'avérait utile à la solution du litige. Le juge était donc libre de ne pas ordonner l'expertise sollicitée s'il estimait qu'il disposait déjà d'éléments suffisants de conviction (54). Il est toutefois à noter que l'on a pu se demander si, en dehors des cas prévus par la loi, certaines circonstances n'imposaient pas au juge l'obligation d'ordonner l'expertise (55). La Cour de cassation a ainsi imposé aux juges du fond, dans certaines circonstances, l'obligation de prendre le relais du demandeur dans l'administration de la preuve. Il reste que cette jurisprudence était isolée et pouvait sans doute s'expliquer par des circonstances d'espèce.

Mise à part cette dernière jurisprudence les solutions semblaient bien arrêtées. Pourtant la haute qualité probatoire des expertises biologiques a amené certains juges du fond, et notamment la Cour d'appel de Paris, à rendre des solutions *contra legem*, comme pour marquer leur frustration à l'égard de la rigidité du droit positif (56). Ainsi, en vertu de l'article 340 du code civil, la preuve de l'existence de l'un des cas d'ouverture conditionnait le succès de l'action en recherche de paternité. Or la Cour de Paris n'a pas hésité à se fonder, à plusieurs reprises, sur les seules conclusions du rapport d'expertise pour juger l'action recevable et bien fondée (57). À une époque où l'empreinte génétique permet d'établir ou d'exclure de manière certaine un lien de filiation et où le souci de respecter la vérité biologique se développe, les cas d'ouverture de l'article 340 du code civil semblaient quelque peu anachroniques.

La réforme du droit de la filiation de 1993 donne sur ce point satisfaction aux partisans de la modernisation puisqu'elle abroge les cas d'ouverture de l'article 340 du code civil et les fins de non recevoir de l'article 340-1 du même code. Ainsi les actions en recherche de paternité et à fins de subsides perdent leur spécificité quant au rôle de l'expertise biologique. Il n'existe plus en droit de cas dans lesquels l'expertise biologique est obligatoire pour le juge. Cette expertise devient un moyen généralisé de preuve au fond. Elle pourra être utilisée autant comme preuve positive que comme preuve négative d'un lien de filiation. La mesure d'instruction ordonnant l'expertise sera en principe toujours facultative pour le juge.

Cela ne risque-t-il pas d'amener les juges à s'abstenir trop souvent de recourir à l'expertise biologique et notamment à l'empreinte génétique ? On pourrait le craindre, vu le coût encore relativement élevé de cette technique, puisque l'article 147 N.C.P.C. invite le juge à utiliser les méthodes les moins onéreuses. Le risque que la demande soit faite dans un but dilatoire pourrait également amener le juge à refuser d'ordonner l'expertise. Toutefois ces risques sont limités, la Cour de cassation encourageant régulièrement le recours à l'expertise biologique.

b) Autorisation judiciaire

En matière civile, l'expression «mesure d'instruction» doit être entendue comme permettant au juge d'ordonner l'établissement d'une empreinte génétique en tout état de cause (c'est-à-dire au sens de l'article 144 N.C.P.C.). L'exigence d'une mesure d'instruction fait que, désormais, il ne sera plus possible de demander à un laboratoire la réalisation d'une empreinte sans être muni d'un titre judiciaire. Par

(54) *Ibid*, n° 251.
(55) Alors qu'il appartient au demandeur d'apporter la preuve de la vérité du rapport de parenté qu'il réclame ou de la fausseté de celui qu'il conteste (article 9 N.C.P.C.) et que le juge ne peut en principe suppléer sa carence dans l'administration de cette preuve (article 146 alinéa 2 N.C.P.C.).
(56) G. Sutton, *Encyclopédie Dalloz, op. cit.*, n° 252.
(57) Paris, 21 février 1986, *D.* 1986, Jurisprudence, 323, note D. Huet-Weiller ; Paris, 11 juillet 1986, *D.* 1987, Somm. 317, obs. D. Huet-Weiller.

ailleurs, une empreinte réalisée sans un tel titre ne sera pas admissible en tant que mode de preuve.

Les termes très généraux de l'article 26 permettent également d'envisager que la mesure soit ordonnée dans le cadre de l'article 145 N.C.P.C., c'est-à-dire en tant que mesure d'expertise *in futurum*. Ainsi le juge pourra faire face à des situations d'urgence dans lesquelles par exemple l'intéressé est susceptible de fuir ou se trouve dans un état de santé nécessitant d'agir rapidement.

Le nouveau texte permettra aussi de renforcer le respect du principe du contradictoire. En effet, comme toute expertise judiciaire, l'expertise biologique doit être réalisée de manière contradictoire. En interdisant la recherche clandestine de l'identification, la loi nouvelle permettra au juge de mieux veiller à l'application du principe lors du prélèvement des échantillons 58. Ainsi seront limités les risques de remise en cause de la validité de l'empreinte génétique.

c) Consentement

Les juges du fond pourront bien sûr se heurter au refus d'une partie de se soumettre au prélèvement nécessaire à la réalisation de l'empreinte génétique. L'article 11 N.C.P.C. sera utile au juge dans cette situation. Il lui permet de tirer toute conséquence du refus et notamment une présomption défavorable. Son concours avec d'autres présomptions de fait est susceptible de convaincre le juge de la réalité ou de la fausseté du lien de filiation, selon la qualité de la personne récalcitrante.

Les prélèvements réalisés sur le corps d'une personne humaine soulèvent tous la même question de principe : constituent-ils une atteinte à l'intégrité du corps humain ? Le prélèvement nécessaire à la recherche d'une empreinte génétique présente il est vrai une spécificité. Les atteintes qu'il nécessite sont minimes puisque par exemple un poil, une racine de cheveu, un morceau d'ongle peuvent suffire. De ce fait certains auteurs (59), puis le législateur, se sont demandés si l'on ne devait pas ici écarter la qualification d'atteinte à l'intégrité du corps humain. Le même débat avait d'ailleurs eu lieu à propos des prélèvements sanguins réalisés en vue d'un examen comparatif des sangs, l'opinion doctrinale dominante restant attachée à la qualification évoquée (60).

En exigeant un consentement exprès en matière de filiation et de subsides, le législateur de 1992 a indirectement adopté la même opinion. On peut sans doute regretter qu'ainsi le législateur place, en matière civile, l'intérêt de l'enfant et plus largement la vérité biologique au second plan dans la mesure où une personne pourra s'opposer, sans avoir à invoquer un quelconque motif, à la recherche de cette vérité.

Concernant les atteintes à l'intégrité du corps humain, l'alinéa 2 de l'article 17 du code civil pose une règle générale : l'exigence du consentement éclairé préalable de l'intéressé. Elle est réaffirmée par l'article 27 pour les empreintes génétiques, du moins en matière civile. Ainsi, la recherche de l'identification d'une personne par son empreinte génétique ne pourra être faite qu'avec «l'accord exprès de l'intéressé». On ne s'attardera pas sur la différence de formulation entre l'article 17 et l'article 26 : il est peu probable que le législateur ait voulu, à travers une formulation différente, prévoir une différence de régime. Il a seulement voulu souligner qu'il n'entend pas admettre l'utilisation judiciaire de prélèvements réalisés soit à

(58) Les analyses menées en laboratoire devraient quant à elles être considérées comme des opérations purement scientifiques qui ne nécessitent pas la présence des parties.
(59) Voir notamment J.-Ch. Galloux, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?», *op. cit.*, l'auteur penchant pour le maintien de la qualification.
(60) J. Carbonnier, note sous Trib. civ. de Lille, 18 mars 1947, *D.* 1947, Jurisprudence, p. 507 ; note sous Cass. civ., 25 juillet 1949, *D.* 1949, Jurisprudence, p. 585.

l'insu de l'intéressé, soit à la suite d'une contrainte exercée sur une personne récalcitrante.

L'exigence de consentement formulée par l'alinéa 1 de l'article 27 soulève toutefois certaines difficultés d'interprétation. Que se passera-t-il, en effet, dans l'hypothèse où l'intéressé ne sera pas en mesure d'exprimer son consentement ? Sont ici envisagées deux catégories de personnes : d'une part les incapables, de droit ou de fait, et d'autre part les personnes décédées.

La première catégorie ne présente pas de difficulté particulière à la matière des empreintes génétiques. La situation des incapables a été évoquée au cours des débats parlementaires et le garde des Sceaux a souligné que les règles du droit commun des incapables devront être appliquées.

La seconde catégorie envisagée soulève plus d'interrogations. La question se pose dans les termes suivants : peut-on recourir à l'empreinte génétique pour établir ou contester la filiation, la paternité ou la maternité, d'une personne décédée ? Si l'on répond de manière positive à cette question, deux voies sont envisageables. La première est de procéder à un prélèvement sur le cadavre. La seconde est de se contenter de recherches sur des parents, par hypothèse toujours vivants, de la personne décédée.

Si l'on privilégie la première voie, on est amené à se demander si un juge peut ordonner que l'on procède à un prélèvement sur un cadavre. En posant l'exigence d'un consentement exprès n'a-t-on pas pris position en excluant toute possibilité de prélèvement sur le cadavre d'une personne qui n'aurait pas, de son vivant, exprimé son accord exprès ? La lecture des débats parlementaires amène plutôt à écarter cette interprétation. En effet, aucune allusion n'y est faite au statut du cadavre humain. Ainsi, l'article 27, tout autant que l'article 19, semble n'envisager que les interventions sur des personnes vivantes. C'est donc dans les textes et la jurisprudence antérieurs qu'il faut rechercher une réponse à la question envisagée. *A priori*, on peut être tenté par une comparaison avec l'hypothèse des prélèvements en vue d'une greffe d'organe. L'article 2 de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes dispose que «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». Cependant la comparaison reste délicate puisque non seulement l'empreinte génétique ne donne pas lieu à un prélèvement d'organe au sens propre du terme, mais encore les fins du prélèvement en vue de l'établissement d'une empreinte génétique dans une procédure judiciaire ne sont ni thérapeutiques ni scientifiques. À défaut de texte, il semble bien que la Cour de cassation ait indirectement admis que l'on puisse effectuer un prélèvement sanguin sur un cadavre (61). La solution serait bien entendu transposable à tout prélèvement à effectuer en vue d'une empreinte génétique. Toutefois cette jurisprudence est à interpréter avec prudence : en l'espèce il s'agissait d'un prélèvement d'ores et déjà effectué et la question était plutôt celle de l'admissibilité d'un tel prélèvement en tant que mode de preuve. En outre, il ressort de cette jurisprudence que les parents de la personne décédée pourraient légitimement s'opposer à l'utilisation de ce prélèvement et donc, *a fortiori*, à sa réalisation même.

En l'absence d'une solution jurisprudentielle bien établie, il nous semble que l'on devrait procéder à une distinction selon que le prélèvement nécessite ou non une exhumation du cadavre. Le principe du respect dû aux morts, prolongement de celui de l'inviolabilité du corps, doit s'opposer au pouvoir du juge d'ordonner l'exhumation en vue d'un prélèvement, au moins dans l'hypothèse où la famille de l'intéressé

(61) Cass. civ. 1e, 22 avril 1975, *Bull. civ.* I, n° 143, p. 124.

s'oppose au prélèvement (62). À l'inverse, même si la distinction peut sembler artificielle, la famille ne devrait pas pouvoir s'opposer à un prélèvement sur un cadavre non enterré.

À côté de cette voie du prélèvement sur le cadavre, on peut envisager celle des empreintes réalisées à partir de prélèvements sur des parents vivants du défunt. Rien dans le projet de loi ne vient empêcher le recours à cette méthode. En outre, la Cour de cassation a clairement pris position en sa faveur (63). Cette solution ne soulève pas de problème éthique mais rend malheureusement plus hasardeux les résultats de l'expertise. Imaginons par exemple que les empreintes génétiques des parents du défunt montrent que l'enfant ne peut pas être le descendant de ses prétendus grands-parents. Cela prouve-t-il pour autant que cet enfant n'est pas le descendant de son prétendu père ? Le lien de filiation entre grands-parents et enfant peut en effet être exclu par l'expertise du seul fait que la personne décédée n'avait pas pour père biologique son père supposé. À la lumière de cet exemple, il apparaît que la vérité biologique sera parfois difficile, voire impossible, à établir avec une certitude absolue.

B) L'utilisation dans le cadre d'un procès pénal

En matière pénale, en distinguant dans l'article 26 les mesures d'enquête et celles d'instruction (alors même que les mesures d'enquête sont elles-mêmes des mesures d'instruction (64)), le législateur a sans doute voulu souligner que le recours à la technique est possible autant lors de la phase préliminaire d'enquête que lors de l'instruction.

L'alinéa second de l'article 27 soulève une difficulté d'interprétation. Il dispose en effet qu'«en matière pénale, le consentement de l'intéressé n'est pas requis». Il semble donc que l'on soit en présence d'une des exceptions légales au principe de l'inviolabilité du corps humain : la loi autoriserait en matière pénale une atteinte à l'intégrité du corps humain contre la volonté ou à l'insu de l'intéressé.

Avant de présenter l'autre interprétation possible, et plus vraisemblable, de cette disposition il convient de procéder à une distinction. L'utilisation de l'empreinte génétique en matière pénale se fait en deux phases. Dans la première, il s'agit pour la police judiciaire d'utiliser tous les indices biologiques dont elle dispose (cheveux, sang, sperme, par exemple) dans le but de désigner ou d'exclure, par l'empreinte génétique, un suspect. Cette phase consiste à établir une empreinte génétique à partir d'échantillons relevés sur les lieux du crime ou sur la victime. Il n'existe pas à ce moment-là de véritable «intéressé». Il n'y a donc pas lieu d'exiger un quelconque consentement. Dans la seconde phase, il faudra comparer l'empreinte génétique obtenue à celle du suspect. C'est ici que se pose la question du consentement de l'intéressé. Si l'on retient l'interprétation précitée de l'alinéa 2 de l'article 27 ce consentement ne serait pas requis. A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette question. En matière d'examen comparatif des sangs, il semble bien que par le passé les experts se soient toujours abstenus de pratiquer un prélèvement sanguin en cas d'opposition ou à l'insu de l'intéressé. Dans le cas

(62) Des difficultés particulières apparaîtront dans l'hypothèse où la position de la famille sera partagée.

(63) Cass. civ. 1e, 16 novembre 1983, *J.C.P.* éd. G, 1984, jurisprudence, 20235, obs. G. Durry ; C. Atias, «Les paradoxes du réalisme biologique en matière de filiation», *J.C.P.* éd. G, 1984, doctrine, 3165 ; G. Durry, «Brève réplique», *J.C.P.* éd. G, 1984, doctrine, 3171.

(64) Si l'on se réfère au *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, l'enquête est, en matière civile, la «procédure selon laquelle est administrée la preuve testimoniale» et en matière pénale, la «mesure d'instruction consistant à recueillir des témoignages ou autres élèments permettant de parvenir à la manifestation de la vérité». La mesure d'instruction est quant à elle définie, en procédure civile, comme une « mesure tendant à l'administration devant le juge des divers modes de preuve». Par contre, on ne trouve pas de définition de la mesure d'instruction spécifique à la procédure pénale.

contraire, une incrimination pour coups et blessures aurait d'ailleurs été envisageable. On peut penser que l'expert adopterait la même attitude en matière de prélèvement en vue d'une empreinte génétique. De plus, la règle de l'article 11 N.C.P.C. n'a pas d'équivalent en matière pénale : le suspect ou l'accusé a le droit de garder le silence. Il a corrélativement le droit de refuser de faire dire à son corps la vérité que constitue son empreinte génétique. Le juge ne saurait en tirer de conclusion quant à sa culpabilité.

Le législateur a-t-il donc voulu revenir sur la pratique antérieure ? La réponse à cette question doit être négative. Au vu des débats parlementaires, il ne semble pas que la seconde phase décrite ci-dessus ait été envisagée par le législateur. Les rédacteurs de la loi ont simplement voulu préciser que dans la première phase aucun consentement n'est requis, précision qui semble tout à fait inutile.

Après avoir présenté dans quelles conditions l'empreinte génétique peut être utilisée en tant que preuve judiciaire, il convient maintenant d'examiner son autre utilisation possible.

§ 2 - Utilisation à des fins médicales ou de recherche scientifique

Le législateur a jugé opportun de prévoir dans les articles 26 et 28 des dispositions relatives à une utilisation plus méconnue que l'utilisation judiciaire : celle «à des fins médicales ou de recherche scientifique». Cette expression est la même que celle utilisée en matière d'examens génétiques par l'article 25.

Si l'on peut entrevoir ce qui est envisagé par l'article 25, on éprouve plus de difficultés à définir ce qui l'est par les articles 26 et 28. Par ailleurs, les règles posées par les articles 26 et 28 contiennent elles aussi une réitération de l'exigence du consentement mais surtout une exception dont l'interprétation est délicate. Avant d'examiner successivement ces deux points, une observation s'impose. Elle porte sur la formulation de l'article 26 initialement prévue par le projet de loi. Elle comportait une maladresse de rédaction dans la mesure où l'expression «recherche scientifique» y était remplacée par le mot «scientifiques». Il était difficile d'y voir autre chose qu'une simple maladresse dans la mesure où dans toutes les autres dispositions du projet de loi ce sont les fins «de recherche scientifique» qui sont associées aux «fins médicales». À l'occasion de la correction de cette erreur par l'amendement n° 70 rectifié (65), le garde des Sceaux a souligné, à juste titre, que toute finalité scientifique ne saurait justifier le recours aux empreintes génétiques (66). Au contraire la recherche scientifique constituerait, toujours selon le garde des Sceaux, un intérêt légitime «dans la mesure où elle a pour objectif la protection ou l'amélioration de la santé publique dont chacun a vocation à bénéficier» (67). Ces propos révèlent clairement l'une des idées générales qui a animé les rédacteurs du projet de loi puis les députés. Cette idée est celle que la recherche scientifique a, dans tous les cas, pour objectif la protection ou l'amélioration de la santé publique et que c'est en cela qu'elle constitue, en toute hypothèse, une fin légitime. Or, sous couvert de recherche scientifique toutes les dérives restent envisageables. Cette remarque amène à formuler une critique d'ordre général à l'encontre du projet de loi : la définition, donnée par le garde des Sceaux, des fins de recherche scientifique amène à penser que ces fins seraient couvertes par l'expression «fins médicales» prise au sens large. Plutôt que de laisser une grande place à l'interprétation, le législateur serait plus

(65) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, p. 5869-5870.
(66) Même si un lapsus a fait parler le ministre de «tests génétiques» et non d'empreintes génétiques.
(67) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, p. 5869.

inspiré soit de supprimer toute référence aux fins de «recherche scientifique», soit de mentionner clairement dans la loi ce qu'il faut entendre par là.

A) Tentative de définition des fins médicales ou de recherche scientifique

Dans cette tentative, ni le Rapport Sérusclat (68), ni le Rapport Bioulac (69), ni les débats parlementaires ne sont vraiment éclairants. Le problème qui a essentiellement préoccupé les parlementaires est celui de l'utilisation de l'empreinte génétique pour l'accès aux compétitions sportives. En effet, à l'occasion des Jeux Olympiques d'hiver de 1992, les organisateurs de cette manifestation ont évoqué la possibilité de soumettre des athlètes à un test dit «de féminité» dans le but d'éviter des fraudes. Les parlementaires, suivant en cela la position du CCNE, se sont élevés contre cette pratique, arguant de la faible signification de ces tests et du fait qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de véritable test de féminité. On remarquera au passage que ce ne sont pas des considérations éthiques mais bien techniques qui fondent leur position, ce qui peut surprendre. Les parlementaires se sont également prononcés contre l'utilisation de l'empreinte génétique pour l'accès à l'embauche. On notera ici qu'autant en matière d'accès à l'embauche qu'en matière d'accès aux compétitions sportives, on peut se demander si le législateur ne commet pas une confusion entre examens génétiques au sens strict, c'est-à-dire ceux envisagés dans notre première partie, et empreintes génétiques. L'empreinte permet l'identification d'une personne. Si l'on veut étudier les caractéristiques d'une personne (sexe, prédisposition à une maladie professionnelle par exemple), l'empreinte n'est d'aucune utilité (70). Il reste que le garde des Sceaux s'est clairement prononcé, à la requête des parlementaires, en faveur d'une interprétation des articles 26 et 28 excluant l'utilisation de l'empreinte génétique pour l'accès à l'embauche et aux compétitions sportives (71). Le recours à cette technique sous couvert de médecine du travail ou de médecine sportive est donc interdit. À côté de ces interdictions, quelles sont les pratiques que ces textes autorisent ? Une fois de plus, rien ne permet de se prononcer clairement. Signalons simplement qu'au cours des débats, M. le Rapporteur Bioulac a évoqué, à titre d'illustration, le recours à l'empreinte génétique préalablement à l'exécution de greffes d'organes. On peut également penser à une utilisation pour l'amélioration du système d'interprétation des résultats de la technique, voire pour l'élaboration d'études relatives à la réalité biologique des filiations pour une population donnée. Sous l'expression «recherche scientifique» on pourrait également imaginer de ranger la constitution d'un fichier d'empreintes génétiques en vue d'une utilisation pour la lutte contre la criminalité. Toutefois, s'agissant de données nominatives auxquelles s'appliquerait la loi du 6 janvier 1978 dite «Informatique, fichiers et libertés», une loi spéciale serait nécessaire à la création d'un tel fichier. Cette utilisation, qui soulèverait de nombreux problèmes d'ordre éthique, n'est donc pas envisageable dans l'état actuel des textes.

(68) Assemblée nationale et Sénat, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, op. cit.*
(69) Assemblée nationale, *J.O. Rapport*, n° 2871, tome I.
(70) Citons pour illustrer cette remarque les propos de J.-Ch. Galloux : «La présence ou l'absence de sites de restriction d'une enzyme donnée et de régions minisatellites sont les seules informations révélées par l'empreinte génétique. Elle ne dévoile rien d'autre de l'information génétique convoyée par l'ADN de l'individu, elle se contente de créer un modèle lisible fondé sur la structure de l'ADN individuel. Aussi, nous paraît-il inexact de la confondre avec une «carte génétique», qui permet dans une certaine mesure de connaître l'individu. L'empreinte génétique permet tout au plus de distinguer l'un de l'autre et d'établir des liens de parenté, c'est-à-dire de reconnaître un individu. En ce sens l'empreinte génétique s'apparente à l'empreinte digitale : toutes deux sont des modèles hautement spécifiques» (J.-Ch. Galloux, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?», *op. cit.*).
(71) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, p. 5872.

B) Tentative d'explication de l'exception au principe du consentement

L'exigence du consentement, réitérée dans l'article 28 du code civil, n'appelle pas de remarque particulière. On peut, en revanche, s'interroger sur l'interprétation à donner à l'exception qui y est apportée. Rappelons que ce type d'exception se retrouve dans deux autres articles : l'article 19 alinéa 2 («...hors le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir») et l'article 25 alinéa 2 («sauf nécessité médicale»). L'article 28 utilise une formulation encore différente : «...sauf si des raisons médicales l'empêchent». L'on pourrait *a priori* penser que derrière ces différences de termes se cachent des différences de régime juridique mais rien dans les travaux parlementaires ne permet de se prononcer.

L'exception prévue à l'alinéa 2 de l'article 19 est plutôt claire. Celles des articles 25 alinéa 2 et 28 le sont bien moins. Les exceptions prévues par ces deux derniers textes semblent à première vue beaucoup plus larges que celle de l'article 19. On peut se demander si le législateur a volontairement créé ces différences. Signalons toutefois que, contrairement aux articles 19 et 25, l'article 28 ne peut en aucun cas concerner directement une intervention à finalité thérapeutique. On voit donc mal quelle raison médicale pourrait empêcher de demander à l'intéressé son consentement préalablement à la réalisation d'une empreinte génétique. En conclusion, l'article 28 reste donc le texte concernant les empreintes génétiques dont l'interprétation est la plus délicate.

Section 2 - Les personnes habilitées à procéder aux examens génétiques

L'empreinte génétique est actuellement le mode de preuve le plus élaboré de la vérité biologique. L'absence d'encadrement du recours à cette technique suscite depuis quelques années de nombreuses craintes. Il est aujourd'hui très facile d'obtenir à titre privé une empreinte génétique. En France, trois laboratoires sont actuellement spécialisés dans cette matière : les sociétés Appligène, Codgène et ICL. Tant que la loi ne sera pas définitivement adoptée, rien ne fondera en droit, déontologie exceptée, le refus d'une société de procéder à l'examen d'une demande privée. Le communiqué commun publié en mai 1989 par l'Ordre national des médecins et l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris rappelle certes que «jusqu'à présent, en raison du caractère d'ordre public des règles de la filiation, la contestation ou la recherche d'une filiation ont toujours été pratiquées dans le cadre d'une procédure judiciaire qui implique l'intervention d'un magistrat et des règles très strictes» (72). Pourtant, la réalité semble plus inquiétante puisque les demandes privées se multiplient et sont souvent satisfaites.

Des préoccupations éthiques ont conduit la société Appligène à renoncer à utiliser cette technique à la demande de particuliers et à souhaiter une organisation de l'accès aux empreintes génétiques (73). À l'inverse, l'annonce d'un prochain encadrement de l'utilisation des empreintes génétiques n'a pas empêché la société Codgène de déclarer vouloir continuer ses activités en restant à la disposition des personnes intéressées par un contrôle de filiation conformément aux règles éthiques qu'elle s'est fixées, c'est-à-dire le consentement de toutes les parties à l'expertise (74).

(72) Cité par A. Bottiau, «Empreintes génétiques et droit de la filiation», *op. cit.*, p. 275.
(73) Assemblée nationale et Sénat, *J.O. Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme :* «Bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?», n° 2588, tome I, fasc. n° 5, p. 72.
(74) *Ibid.*, p. 71.

Les craintes suscitées par le vide juridique actuel sont celles d'atteintes à l'intimité de la vie privée, à l'intérêt de l'enfant et à la paix des familles, les trois étant souvent difficiles à distinguer. La prise d'une empreinte génétique à l'insu d'une personne doit être tenue pour illicite comme portant atteinte à l'intimité de la vie privée. La prise sous la contrainte doit pareillement être sanctionnée, la contrainte viciant le consentement. Le droit positif est ici suffisant pour sanctionner de tels agissements mais il serait plus opportun d'empêcher que l'agissement lui-même soit possible. Une enquête familiale menée avec l'accord de tous les intéressés ne porte pas de telles atteintes mais risque cependant de troubler la paix des familles lorsque l'on sait que, selon certaines études, de 7 à 10 % des enfants légitimes aux yeux de la loi sont en réalité des enfants naturels (75). De manière générale, l'absence d'encadrement pourrait amener à ce que toute filiation soit remise en cause (76). C'est dans le but de limiter l'accessibilité de la technique et d'empêcher les recherches clandestines ou sous la contrainte qu'ont été rédigées les dispositions du projet de loi. Une réponse globalement satisfaisante est ainsi apportée aux nombreuses demandes d'intervention législative (77).

L'article 29 précise en effet à quelles conditions un laboratoire pourra réaliser une empreinte génétique. Jusqu'alors, la technique étant brevetée, tout licencié pouvait en user. Désormais son usage sera limité aux personnes ayant obtenu un agrément dans des conditions qui seront fixées ultérieurement par décret. Cet agrément est obligatoire non seulement pour l'utilisation judiciaire mais également pour celle à des fins médicales ou scientifiques. Les laboratoires souhaitant que leurs travaux puissent être utilisés dans une procédure judiciaire devront en outre être inscrits sur une liste d'experts judiciaires.

Il faut par ailleurs souligner que le législateur a prévu de sanctionner pénalement les violations des textes relatifs aux empreintes génétiques. L'article 375 alinéa 1 du code pénal punira ainsi d'une amende de vingt-mille à deux millions de francs le fait de rechercher ou tenter de rechercher l'identification d'une personne par empreinte génétique à des fins autres que celles prévues à l'article 26 du code civil. L'alinéa 2 prévoit les mêmes peines à l'encontre de toute personne ayant réalisé une empreinte génétique sans être titulaire de l'agrément, l'alinéa 3 soulignant que la condamnation, lorsqu'elle est prononcée à l'égard de l'expert judiciaire, peut être assortie de la radiation de la liste sur laquelle cette personne est inscrite. Enfin, l'alinéa 4 dispose que ces différentes condamnations peuvent être accompagnées de la prononciation d'une confiscation du matériel ayant servi à l'activité illégalement exercée. Notons que les modalités d'insertion de ces dispositions dans le nouveau code pénal n'ont pas été précisément arrêtées par les députés. Le garde des Sceaux a simplement pris l'engagement d'insérer ces différents textes en les amendant de la façon suivante :

---

(75) D. Salmon, «La preuve scientifique de la paternité : état de la science et déontologie», *in* C. Labrusse et G. Cornu, *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, p. 44. Soulignons toutefois que ces pourcentages sont contestés : voir par exemple Ch. Guénoit, «Fils de sonde», *Journal international de médecine*, 28 oct.-3 nov. 1992, n° 251, p. 21, l'auteur citant une étude récente ayant amené à un pourcentage inférieur à 3 %.

(76) La technique est tellement sensible qu'un diagnostic de paternité grâce à une prise de sang peut être réalisé par une femme enceinte, peu sûre de l'identité de l'homme qui l'a fécondée, quelques cellules de sang fœtal pouvant toujours circuler dans son sang, et conduire ainsi à l'IVG au motif qu'un mari pourrait ne pas être le père.

(77) Citons par exemple : CCNE, Avis du 15 décembre 1989 et du 24 juin 1991 ; Haut Conseil de la Population et de la Famille, *Rapport sur la filiation biologique et la filiation sociale*, 1990 ; N. Lenoir et B. Sturlese, Rapport, «Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique médicale», *Documentation française*, 1991 ; Assemblée nationale et Sénat, *J.O. Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, op. cit.* ; Communication gouvernementale du 18 décembre 1991.

- ces infractions pourront donner lieu à la recherche de la responsabilité pénale des personnes morales ;
- l'amende de vingt-mille à deux millions de francs sera remplacée par «six mois de prison ou deux millions de francs d'amende» (78), cette plus grande sévérité de la peine ayant été souhaitée par certains députés (79).

TEXTE DU PROJET DE LOI N° 2599

TITRE II
DES TESTS GÉNÉTIQUES ET DE L'IDENTIFICATION DES PERSONNES PAR LEURS EMPREINTES GÉNÉTIQUES

Art. 4

Il est créé dans le titre premier du livre premier du code civil un chapitre III ainsi rédigé :

«Chapitre III

Des tests génétiques et de l'identification des personnes par leurs empreintes génétiques.

Art. 25. Il ne peut être procédé à des tests génétiques sur l'être humain qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ainsi que dans les cas prévus par la loi.
Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à l'exécution du test.

Art. 26. L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée qu'à des fins médicales ou scientifiques ou dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire.

Art. 27. En matière civile, cette recherche ne peut être faite qu'avec l'accord exprès de l'intéressé et en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par un juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides.

Art. 28. Quand l'identification d'une personne est recherchée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement de la personne doit être recueilli préalablement.

Art. 29. Sont seules habilitées à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires».

Art. 5

Il est ajouté à la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires un article 6-1 ainsi rédigé :

«Art. 6-1. Sont seules habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, les personnes inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État».

Art. 6

L'article 374 du code pénal est ainsi rédigé :

---

(78) Assemblée nationale, *J.O. débats*, compte rendu intégral, deuxième séance du 23 novembre 1992, p. 5873, intervention de J. Toubon.
(79) *Ibid.*, p. 5873-5874.

«Art. 374. Le fait de détourner ou de tenter de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen d'un test génétique sera puni d'une amende de 20 000 F à 2 000 000 F».

Art. 7

L'article 375 du code pénal est ainsi rédigé :

«Art. 375. Le fait de rechercher ou de tenter de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire sera puni d'une amende de 20 000 F à 2 000 000 F.
Le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article 26 du code civil est puni des mêmes peines.
Lorsque la condamnation est prononcée à l'égard d'un expert judiciaire, elle peut être assortie de la radiation de la liste sur laquelle il est inscrit.
Le tribunal peut, en outre, prononcer la confiscation du matériel ayant servi à l'activité illégalement exercée».

TEXTE APRÈS AMENDEMENTS

Chapitre III

De l'identification des personnes et de leurs caractéristiques par examen génétique.

Art. 25. L'étude des caractéristiques d'une personne par son examen génétique ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ainsi que dans les cas prévus par la loi.
Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'examen, sauf nécessité médicale.

Art. 26. Il ne peut être procédé à la recherche de l'identification d'une personne par son empreinte génétique qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ou dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire.

Art. 27. En matière civile, l'identification d'une personne ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement soit à la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou à la suppression de subsides, et cela avec l'accord exprès de l'intéressé.
En matière pénale, le consentement de l'intéressé n'est pas requis.

Art. 28. Quand l'identification d'une personne est recherchée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement de la personne doit être recueilli préalablement, sauf si des raisons médicales l'empêchent.

Art. 29. Sont seules habilitées à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans le cadre d'une procédure judiciaire ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires.

(Les articles 5, 6 et 7 du projet de loi ont été adoptés sans modification)

BIBLIOGRAPHIE

I - MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

Les tests génétiques

BAUDOIN (J. - L.), *Produire l'homme : de quel droit ?*, P.U.F, 1987.

BERNARD (J.), *De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux desseins de l'homme*, Buchet-Chastel, 1990.

BLANC (M.), *L'ère de la génétique*, La découverte, 1986.

BOURGNEAULT (G.), *Éthique et droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, De Boek Wesmael, 1990.

CENTRE DE DOCUMENTATION ET D'INFORMATION POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ ET LE COLLÈGE INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE, *Éthique médicale et droits de l'Homme*, Actes sud, 1988.

CHEVALLIER (J.), *Bioéthique et droit*, P.U.F, 1988.

EDELMAN (B.), *L'Homme, la nature et le Droit*, Bourgeois, 1988.

FACULTÉS DE DROIT, DE MÉDECINE ET DE PHARMACIE DE POITIERS, *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*, Litec, 1990.

GROS (F.), *La civilisation du gène*, Hachette, 1989.

INSERM, *Éthique médicale et droits de l'Homme*, Actes sud, 1987.

JACQUARD (A.), *Éloge de la différence : La génétique et les hommes*, Seuil, 1981.

MAGISTÈRE CATHOLIQUE, *Biologie, médecine et éthique*, Le centurion, 1987.

OPOS (F.), *L'ingénierie du vivant*, Éditions Jacob, 1990.

RIBES (B.), *Biologie et éthique : réflexions sur le colloque de l'UNESCO*, UNESCO, 1978.

SAURY (R.), *L'éthique médicale et sa formulation juridique : de la nécessité de la loi*, Sauramps médicale, 1991.

SUZANNE (C.), *Les manipulations génétiques : jusqu'où aller ?*, De Boek, 1991.

TERRE (F.), *L'enfant de l'esclave : génétique et droit*, Flammarion, 1987

TESTART (J.), *Le désir du gène*, Éditions F. Bourin, 1992.

Les empreintes génétiques

NICOLAU (G.), *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses universitaires de bordeaux, 1989.

NOSSINTCHOUK (R.), *Histoire de la preuve judiciaire*, Éditions Olivier Orban, 1989.

II - MÉMOIRES

Les tests génétiques

BURLOT (E.), *Les manipulations génétiques*, DEA de droit de la santé, AIX, 1990.

REYNIER (M.), *Diagnostic prénatal et éthique médicale*, DEA de droit de la santé, AIX, 1990

YSEULT-VICTOIRE (H.), *Les sciences de la vie confrontées à l'éthique*, DEA de droit de la santé, AIX, 1990

III - ARTICLES

Articles communs aux deux matières

ANDORNO (J. L.), «Bioéthique et droit : remarques sur deux projets de loi», *G. P.*, 9-10 décembre 1992, Doctrine, p. 2.

NEIRINCK (C.), «Commentaires des projets de lois relatifs à l'éthique biomédicale», *L. P. A.* , 22 juin 1992, n° 75.

Les tests génétiques

ATLAN (H.), «Distinctions nécessaires : l'innovation thérapeutique, l'expérimentation sur l'homme, l'expérimentation sur l'embryon», Colloque du 21 et 24 mai 1988, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, *P.U.F.* , p. 204.

BARZARCH (M.), «Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie», *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 141.

BORRICAND (J.), «Commentaire de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», *D.*, 1989, p. 167.

BRAIBANT (G.), «Pour une grande loi», *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 109.

CŒURET (A.) et ZENATI (F.), «Chronique législative», R. T. D. civ. , 1989, p. 150.

DAUSSET (J.), «La bio-éthique et la médecine prédictive», *Bio-éthique*, volume II, n° 3, mai/juin 1991 ; «Les droits de l'Homme face aux progrès des connaissances. Proposition d'une addition à la Déclaration des droits de l'Homme», *J. I. B.* , n° 1, 1991, p. 23

EDELMAN (B.), «L'homme aux cellules d'or», *D.* , 1989, doctr., p. 225 ; «Vers une approche juridique du vivant», *D.* , 1980, doctr., p.329 ; «Génétique et liberté», *Droits*, n° 13, 1991, p. 31.

FLAMANT (R.), «Sous haute protection», *Autrement*, mars 1991, p. 113.

FRYDMAN (R.), «La procréatique», *Pouvoirs* , n° 56, 1991, p. 65.

GALLOUX (J. C.), «L'encadrement des biotechnologies : de la normalisation à la réglementation des pratiques», *R. R. J.* , 1990-2, p. 253.

GRAF-VITZTHUM (W.), «La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche», *R. R. J.*, 1986-1, p. 63.

GROS (F.), «Le génie génétique», *Colloque : Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 18-19 janvier 1985, p. 331.

KALLINIKOS-MANIATIS (A.), «Le consentement libre et informé : le point de vue d'un spécialiste du cancer», *Colloque du 21 et 24 mai 1988*, Fondation Maringopoulos pour les droits de l'Homme, 1988, p. 84.

KAYSER (P.), «Documents sur l'embryon» , *Dalloz*, 1989, doct., p. 192.

LABRUSSE-RIOU (C.), «La maîtrise du vivant : matière à procès», *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 87 ; «Biologie, éthique et droit», *R. R. J.*, 1985-2, p. 425.

LE BOS-LE POURHIET (A. M.), «A propos de la bioéthique: la démocratie selon Ponce Pilate», *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 159.

LEJEUNE (J.), «Biologie et droit à la vie», *R. R. J.*, .1985-1, p. 103.

MARTIN (J.), «Bioéthique et économie : vers un temps de questions insupportables», *J. I. B.* , n° 3, 1992, p. 157.

MORAINE (C.), «L'avenir du futur», *Autrement*, mars 1991, p. 15.

ROBERT (J.), «Le juge administratif et la bioéthique», *Mélanges offerts à R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 571.

ROSA (J.), «Le diagnostic prénatal», *Colloque : Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 18-19 janvier 1985, p. 405.

TARGUIEFF (P. A.), «Sur l'eugénisme : du fantasme au débat», *Pouvoirs* , n° 56, 1991, p. 23.

TESTART (J.), «L'eugénisme est dans l'œuf», *Les nouveaux cahiers*, 1992, p. 107.

THOUVENIN (D.), «Richesse et complexité d'une loi», *Revue Française des affaires sociales*, mars-avril 1991, p. 22 ; «La loi du 20 décembre 1988 : Loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme», *Colloque sur la recherche bio-médicale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 89.

Les empreintes génétiques

ANDERSON (M. A.), GWIN (H. L.), ET NISHIMI (R. V.), «Le témoignage génétique : utilisation à des fins d'identification des tests d'ADN», *J. I. B.* , n° 1, 1991, p. 29.

ATIAS (C.), «Les paradoxes du réalisme biologique en matière de filiation», *J.C.P.* , éd. G, 1984, doctrine, n° 3165.

BADINTER (R.), «Présentation du colloque», *Colloque : Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 18-19 janvier 1985, p. 15.

BOTTIAU (A.), «Empreintes génétiques et droit de la filiation», *D.*, 1989, I, p. 43.

DURRY (G.), «Brève réplique», *J.C.P.* éd. G, 1984, doct., n° 3171.

GALLOUX (J. C.), «L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?», *J.C.P.* éd. G, 1991, doct., n° 3997.

HUET-WEILLER (D.), «Vérité biologique et filiation, le droit Français», *Colloque : Droit de la filiation et progrès scientifiques, Économica*, 1982, p. 9

LABRUSSE-RIOU (C.), «La filiation et la médecine moderne», *R. I. D. C.* , 1986, p. 419.

LUCAS (L.), «Vérité matérielle et vérité juridique», *Mélanges Savatier*, Dalloz, p. 583.

MASSIP (J.), «La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire», *Colloque : Droit de la filiation et progrès scientifique, Économica*, 1982, p. 51.

MERLE (R.), «Une politique dangereuse : la recherche clandestine des preuves scientifiques de la paternité», *D.* , 1952, chron., p. 165.

NERSON (N.), «L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil», *R. T. D. civ.* , 1970, p. 668.

PRATTE (M.) et PORTIS-MONJAL (E.), «Présomption de paternité et vérité biologique», *D.* , 1988, doct., p. 31.

ROBERT (J.), «La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit», *Colloque : Génétique, procréation et droit,* Actes sud, 18-19 janvier 1985, p. 363.

ROUGER (P.), SALMON (C.) et SALMON (D.), «La recherche de paternité et le polymorphisme de l'ADN appliqué à l'étude des filiations», *Quatrième journée de médecine légale et de toxicologie*, Masson, 1988, p. 281.

SALMON (D.), «La preuve scientifique de la paternité, état de la science et de la déontologie», *Colloque : Droit de la filiation et progrès scientifiques, Économica,* 1982, p. 27.

SUTTON (G.), «Filiation», *Encyclopédie Dalloz , Procédure,* n° 244.

VIDAL (J.), «La place de la biologie dans le droit de la filiation», *Mélanges Marty,* Université des sciences sociales de Toulouse, p. 113.

IV - CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Les tests génétiques

GRIDEL (J.-P.), obs. sous T.G.I. de Montpellier, 15 décembre 1989, *J. C. P.* éd. G, 1990, n° 21556.

Les empreintes génétiques

ASSOULINE (Y.), obs. sous T.G.I. de Meaux, 29 janvier 1988, *J. C. P.* éd. G, 1988, n° 21078.

CARBONNIER (J.), note sous trib. civil de Lille, 18 mars 1947, *D.* , 1947, p. 507 ; note sous Cass. civ. , 25 juillet 1949, *D.* , 1949, p. 585.

HUET-WEILLER (D.), chron. , «Droit de la filiation», D. , 1987, p. 313.

MASSIP (J.), note sous Cour de cassation, civ. première, 19 novembre et 17 décembre 1991 et 18 février et 17 mars 1992, *D.* , 1993, p. 29 ; note sous Cour de cassation, civ. première, 28 avril 1986, *D.* , 1986, p. 484.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), chron. , «Droit de la famille», *J. C. P.* éd. G, 1993, I, n° 3639.

ROUAST (A.), note sous Cour de cassation, 2 avril 1968, *D.* , 1968, p. 705.

V - ARTICLES DE PRESSE

Articles communs aux deux matières

DUMEZ (Y.), «Bioéthique : entre la dérive et le progrès», *Le Monde,* Mercredi 23 novembre 1992, p. 2.

NAU (J.-Y.), «Les garde-fous de la science», *Le Monde* , Vendredi 20 novembre 1992, p. 10.

PARIS (G.), «Les députés souhaitent que les textes sur la bioéthique soient adoptés avant la fin de la législature», *Le Monde,* Lundi 23 novembre 1992, p. 7 ; «Les députés affirment l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain», *Le Monde*, Mercredi 25 novembre 1992, p. 7 ; «Les députés ont adopté les trois projets de loi sur la bioéthique», *Le Monde,* Vendredi 27 novembre 1992, p. 10.

TESTART (J.), «Sélection humaine», *Le Monde,* Jeudi 26 novembre 1992, p. 4.

Les tests génétiques

BARGOIN (V.), «Thérapie génique : des questions à résoudre malgré des résultats encourageants», *Le quotidien du médecin*, n° 5055, Lundi 26 octobre 1992, p. 12.

BONNEUIL (C.), «A quoi servent les avis du comité d'éthique ?», *La recherche*, n° 230, mars 1991, p. 358.

DANOS (O.), «La gestion génétique des hommes a déjà commencé», *Libération*, Mercredi 22 mai 1991, p. 37.

DARGOUGE (O.), «Les thérapies géniques s'imposent-elles en silence en France ?», *La recherche*, n° 230, mars 1991, p. 361.

DUMEZ (Y.), «L'évolution de la médecine fœtale», *Médecine fœtale*, n° 11, septembre 1992, p. 41.

HAELTERMAN (B.), «Biotechnologie et sélection du personnel», *Intermédiaire*, 6 février 1989, p. 29.

KHAN (A.), TESTART (J.) et WASCHAERTS (D.), «Génétique : bon ou mauvais génie ?», *Impact médecin*, n° 167, p. 12, 6 novembre 1992.

JAMMA (C.), «Feu vert pour la thérapie génique à Lyon», *Impact médecin*, n° 167, 6 novembre 1992, p. 11.

JORDAN (B.), «Les cartes du génome humain», *La recherche*, décembre 1989, p. 1486.

LEPERCQ (J.), «Thérapie génique», *Médecine fœtale*, n° 11, septembre 1992, p. 15.

Les empreintes génétiques

DREYFUS (J. C.), «Heurs et déboires des empreintes génétiques en médecine légale», *Médecine/Sciences*, volume V, octobre 1989, n° 8.

FLANDROY (L.) et NOUIALLE (C.), «Empreintes génétiques : les pouvoirs d'une vérité biologique», *Biofutur*, octobre 1989,

GOMEZ (M.), «Un progrès à manipuler avec prudence, les empreintes génétiques», *Prévention santé*, n° 94, avril 1989, p. 44.

LAGARGE (P.) et RENÉ (L.), «Génétique : empreintes sans bavures», *Le Monde*, 5 juillet 1989, p. 17.

NAU (J.-Y.), «Les empreintes génétiques pour la recherche de la vérité», *Le Monde*, 15-16 novembre 1987, p. 8.

ROCHEMAN (M.), «L'identification génétique», *Le concours médical*, 27 mai 1989, p. 1758 ; «Biotechnologies et libertés», *Biofutur*, 1988, n° 65.

ROSSION (P.), «L'ADN remplace les empreintes digitales», *Science et vie*, n° 823, avril 1986, p. 42.

VI - DOCUMENTS OFFICIELS

Documents communs aux deux matières

Assemblée nationale, J. O. Débats, Compte rendu intégral, Première et deuxième séances du 19 novembre 1992 ; Première, deuxième et troisième séances du 20 novembre 1992 ; Première et deuxième séances du 23 novembre 1992.

Assemblée nationale, J. O., Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2599 ; Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits

du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2600.

Assemblée nationale, J. O. , Rapport d'information, n° 2565.

Assemblée nationale et Sénat, J. O. , Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'Homme : «Bouleversements sans contrôle ou législation à la Française ?», n° 2588, Tomes I et II.

Assemblée nationale, J. O. , Rapport, n° 2871, Tome I.

Bulletin de l'Assemblée nationale, n° 119 et n° 120, 24 novembre 1992 et 1er décembre 1992, p. 21 et p. 15.

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Documentation Française*, Rapports de 1985, 1986, 1987, 1988, 1990 et 1991.

Conseil d'État, Rapport présidé par M. Braibant, n° 4855, «De l'éthique au droit», *Documentation Française*, 1988.

Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (92)-3, «Des tests et du dépistage génétique à des fins médicales», *J. I. B.* , n° 3, 1992, p. 176 ; Recommandation n° R (90)-13, «Le dépistage génétique anténatal, le diagnostique génétique anténatal et le conseil génétique», *J. I. B.* , n° 1, 1991, p. 13.

Conseil d'État, Rapport présidé par Mme Lenoir et M. Sturlèse, «Aux frontières de la vie : pour une démarche Française en matière d'éthique médicale», Documentation Française, 1991.

Ministère de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, «Procréation médicalement assistée et diagnostic prénatal» , Numéro spécial du bulletin officiel, n° 88-25, Journal officiel 1989.

GLOSSAIRE

ADN : Molécule très longue (1, 50 mètre chez l'Homme) enroulée en double hélice. Les chromosomes sont constitués d'une partie de ce fil, formé d'un enchaînement de nucléotides, composés chacun d'une base, d'un sucre (le désoxyribose) et d'un phosphate. L'ADN, acide désoxyribonucléique, porte le code génétique. Dans une cellule humaine, chaque parent contribue pour 3 à 3, 5 milliards de nucléotides d'ADN.

CARTE GÉNÉTIQUE : Elle consiste à déterminer les marqueurs génétiques et à étudier leur fréquence de transmission (selon les lois de Mendel) dans les familles. La fréquence de transmission observée est quantifiée en centimorgan et ensuite portée sur la carte permettant aux marqueurs d'être ordonnés et positionnés les uns par rapport aux autres. On connaît aujourd'hui environ 7 000 marqueurs.

CARIOTYPE : Les 23 paires de chromosomes d'un individu.

CHROMOSOME X ou Y : Chromosomes contenant l'information sexuelle.

DIAGNOSTIC PRÉNATAL : Outre l'échographie, une anomalie embryonnaire ou fœtale peut être décelée par prélèvement cellulaire de villosités choriales, ou de liquide amniotique, ou ponction de sang artériel ombilical.

DIAGNOSTIC PRÉIMPLANTATOIRE : Diagnostic effectué, après fécondation in vitro, avant l'implantation de l'œuf.

EMPREINTE GÉNÉTIQUE : Marque indélébile d'une hérédité paternelle et maternelle distincte. Par extension, utilisation des méthodes d'analyse génétique (sondes multilocus) pour résoudre avec une fiabilité quasi-absolue tous les problèmes de filiation et d'identification.

GÈNE : Segment de la molécule d'ADN, constitué d'une suite de bases, dont une partie contient l'information génétique (les parties codantes) et une autre partie (non codante), qui a encore un rôle mal connu. Un même gène peut exister sous des formes différentes. Il existe de 50 000 à 100 000 gènes.

GÉNOME : Ensemble des gènes de l'individu. Par extension, ensemble de son ADN.

GÉNOTYPE : Patrimoine génétique d'un individu dépendant des gènes hérités de ses parents. Les vrais jumeaux ont le même génotype.

GERMEN, germinal : Ensemble des cellules impliquées dans la formation des gamètes, c'est à dire dans la transmission du message héréditaire.

MÉDECINE PRÉDICTIVE : Médecine fondée sur l'analyse de la prédisposition des individus à exprimer tel ou tel caractère en fonction de leur gènes.

MONOGÉNIQUE / POLYGÉNIQUE (maladie) : Maladie génétique liée à un seul gène / à plusieurs gènes.

PRÉDISPOSITION : Susceptibilité, d'origine génétique, à développer certains traits ou certaines maladies.

SÉQUENÇAGE : Technique permettant le découpage des chromosomes en segments lisibles et permettant la lecture de l'enchaînement des nucléotides.

SOMA, somatique : Ensemble des cellules formant l'organisme mais ne participant pas à la transmission du message héréditaire.

THÉRAPIE GÉNÉTIQUE (ou génique) : Intervention thérapeutique sur le génome d'un individu consistant à apporter un gène manquant ou à modifier un gène.

SAISIR LE VIF : CONTOURS ET COULEURS CROQUÉS PAR LE DROIT DE LA ROUTE

Par

Anne ENSMINGER
Chargée de Recherche au C.N.R.S. -
École Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud

"L'auto
N'est consciente
D'elle-même
Qu'en tamponnant."
MALCOLM DE CHAZAL
Sens magique (1957), Proposition CCCVII

1. ATTENTION, FRAGILE : TROIS PANNEAUX À FIGURE HUMAINE

1.1. Décalco-normie
1.1.1. Trois temps
1.1.2. Deux mouvements
1.2. Révérence (dés)oblige
1.2.1. Promotions signalées
1.2.2. Polémographismes

2. LES DRAPEAUX DE L'URGENCE : CARROSSERIES EN TROIS COULEURS

2.1. Normo-chromie
2.1.1. Impératifs-couleurs
2.1.2. L'œil ausculte
2.2. Identitôles
2.2.1. Auto-satisfactions
2.2.2. National-chromatisme

INTRODUCTION

Plus encore que sur le terrain conflictuel du seul choc judiciaire, c'est sur le sol accidenté du déficit humain que les normes routières ont fondé leur emprise, puis leur grandissante expansion. La collision des machines et des chairs constitue le heurt primordial à partir duquel la construction d'un Droit est devenue inéluctable : la route s'affirme comme le lieu de toutes les attaques, et de toutes les protections. Aussi les "memento mori" ont-ils, très tôt, poussé dru dans le sillage des voitures, accolant au danger que l'on court celui qu'on fait courir aux autres. Et, sous ses deux espèces, statique ou dynamique, la signalisation empêche d'oublier qu'à conduite motorisée, chair fragilisée.

Destinés cependant, plus que d'autres, à causer le saisissement des vivants, certains panneaux dessinent la mobilité mortifère, et ménagent à proprement parler un "every man's land", en brandissant à l'hypocrite conducteur son semblable, son frère, une silhouette-épouvantail. Ce parti-pris de spécularité n'est pas sans affecter, quoique tout officieusement, le statut conféré à quelques-uns des signes juridiques officiellement répartis dans l'espace urbain ou rural : lestés d'une humanité fort voyante - celle-là même qu'on refuse si volontiers de reconnaître aux pictogrammes de la route -, ils se prêtent mieux que bien d'autres à la percée du juridisme subjectif. Par les choix qui président, d'abord, à leurs diverses figurations, dans lesquelles s'exhibent les traces d'un fonds commun de représentations ; dans le folklore qu'ils nourrissent, ensuite, lorsqu'une fois croqués par les graphistes, ces êtres juridicisés se font à leur tour colporteurs d'une juridicité familière.

Qu'en est-il à l'autre bout de la chaîne qui va des corps accidentables, objets de prévention, aux corps accidentés, dont il ne reste qu'à saisir les chances de survie ? Parce que l'automobile est la lance d'Achille de l'époque moderne, en laquelle fusionnent les pouvoirs de tuer et de sauver, certains véhicules ont expressément vocation à se porter d'urgence au-devant des détresses. Bien que pourvus de signaux d'approche spécifiques, ils s'imposent au moins autant aux spectateurs par les couleurs de leurs carrosseries : et même, à force d'être visuellement associées aux fortes réactions affectives que provoquent en général les drames de la route, ces teintes n'ont pas peu contribué à modeler le paysage chromatique des usagers. Comme le support coutumier s'est avéré assez solide pour s'adapter à l'évolution cindynique (1), il n'a pas échappé aux assauts d'une réglementation intensive. Mais alors ces couleurs, indirectement gratifiées d'une aura "prioritaire", deviennent trop complices des avidités distinctives pour ne pas susciter, aux confins du légal, maints efforts de détournement sémiologique.

Ainsi, derrière ce que les juristes fédèrent sous l'expression "dommage corporel", l'accident de la route invite-t-il à méditer une double modulation sémiologique : d'un côté des panneaux qui exhibent les corps en schémas suggestifs ; de l'autre, pour les chairs abîmées, les écrins colorés des véhicules de secours. Dans l'un et l'autre cas, sans toujours percevoir que ce sont là deux faces d'un même phénomène, les différents acteurs de la circulation se trouvent confrontés au rappel douloureux de leur fragilité : trop enclins, d'ordinaire, à fermer les yeux sur les pictogrammes, ils admettront d'être brutalement admonestés par certains uniformes de tôles. Confronter les destins surprenants de ces deux ensembles de signes, en dépit des disparités qui semblent présider à leur constitution et à leur réception, c'est saisir sur le vif un Droit routier pétri de finalités salvatrices.

---

(1) Adjectif ou substantif (issu du grec "kindunos", le risque) qui désigne l'ensemble des dangers courus par l'être humain quand il évolue dans le monde - dangers dont la nature et l'intensité peuvent varier au cours de l'Histoire. Le terme a été forgé pour la création, en janvier 1990, de l'"Institut européen de cindyniques", association présidée par Haroun Tazieff.

1. ATTENTION, FRAGILE : TROIS PANNEAUX À FIGURE HUMAINE

Entre l'œil et le geste, il faut compter un temps ; la machine obéit, mais on n'élude pas la distance d'arrêt. Avancée, répétée, au besoin graduée, la signalisation dénommée "de danger" donne le modèle éminent des anticipations que requiert la conduite. On sait que les triangles ont la mission spéciale de flécher les obstacles, et d'inciter, par provision, au ralentissement. Le message est simple à transmettre quand le péril s'inscrit en permanence dans les choses ; déjà plus délicates à manier opportunément, lorsque le risque naît de circonstances passagères - d'où le souci de conférer un aspect spécifique à la "signalisation temporaire" -, les expressions graphiques de l'alerte sont soumises à plus sérieux défis, en fonction d'au moins trois dilemmes qui brident la police de la circulation : la célérité est propice à la fluidité du trafic, mais aggrave le moindre accrochage ; les déplacements des divers usagers se contrarient souvent, mais ne sauraient, sauf exception, s'exclure ; enfin, la réglementation répartit les prérogatives, mais ne compose pas avec l'enjeu de mort. Ainsi se justifie l'implantation d'un type de panneaux qui, sans soumettre la chaussée à des alternances de passages rigides, signalent des dangers de probabilité, ni permanents, ni tout à fait imprévisibles, bref, de disgrâce suffisante. Quittes à braver constamment le reproche d'intempestivité, leurs injonctions traduisent, tant bien que mal, la rencontre ordinaire, sur la route et surtout dans la rue, de flux circulatoires sporadiques, dont l'originalité s'enracine dans la liberté des vivants. Telles sont les allées et venues des piétons, et les risques qu'ils courent, ardus à circonscrire, impossibles à éluder. Il a fallu mettre à contribution plusieurs modèles de panneaux pour représenter congrûment les humains non conducteurs d'engins ; la règle, ici, a figé les usages en silhouettes archétypales, que l'on voit traverser la chaussée, jouer ou travailler au péril de leur vie (2).

1.1. Décalco-normie

Le système de signalisation aujourd'hui familier, en France et en Europe, aux usagers des routes et des rues, n'a pas été bâti sans tâtonnements ni retouches (3). Une fois consacrée, grâce à un souci précoce d'unification internationale (4), la suprématie des pictogrammes sur les inscriptions, le recours à des critères de formes - affinés par la suite à l'aide des couleurs - a permis de distinguer commodément plusieurs "familles" de panneaux et d'éviter un écartèlement signalétique (5). Mûri

(2) On a choisi de retracer ici, en se fondant sur la réglementation actuelle (Arrêté du 6 juin 1977), l'émergence et les avatars des panneaux A 13 a ("Endroit fréquenté par les enfants"), A 13 b ("Passage pour piétons"), et AK 5 ("Travaux").

(3) Pour aborder l'histoire générale de la signalisation, on consultera avec profit l'étude récente de Martin Krampen, "Icons of the Road", in *Semiotica*, volume 43-1/2 (1983), 204 p., spécialement p. 33/145.

(4) Voir, par exemple, J. Sirgan, *Vers une réglementation internationale de la circulation routière*, thèse Droit Toulouse, impr. Cléder, 1930, 150 p. ; p. 59 : "L'idée première d'une réglementation internationale de la circulation des automobiles a été lancée par le Congrès International des Clubs d'automobiles, réuni le 15 juin 1907 à Homburg (Allemagne)".

(5) La classification en signaux de danger (triangles), de prescription absolue (cercles) et de simple indication (rectangles) qui se met en place à la fin des années 20, est elle-même le fruit d'approches successives (voir ci-dessous, note 18). La Circulaire du Ministre des Travaux publics du 9 août 1919 fournit l'un des premiers échantillons taxinomiques (cité par A. Blaisot, *Commentaire juridique et pratique du Code de la Route*, Paris, Rousseau et Cie, 1925, 214 p. ; Annexe III, p. 181/182) : 1. signaux de localisation (pour les agglomérations), de forme rectangulaire ; 2. signaux de direction et de distance, de forme rectangulaire aussi, et 3. signaux d'obstacles, en forme de disques, adoptés par la Convention internationale de 1909 (pour le détail, voir note 6). Mais il ne s'agit encore que d'une "signalisation des routes". Avec le développement du trafic dans les villes, la tentation fut grande,

dans l'entre-deux guerres, le panorama de la symbolique réglementaire s'est trouvé, pour l'essentiel, fixé, lorsqu'à des éléments de cartographie frustes (6) mais suggestifs et aux contours évocateurs d'usagers motorisés (7), s'est ajoutée une série spécifiquement "piétonnière" (8). Dès lors, le petit monde de la circulation accédait à sa pleine existence pictographique : soumis à une même indexation topique, la route, les engins, les passants ont affiché sans fard leurs virtualités cyndiniques. Mais les signaux "anthropophores" ne se contentent pas d'illustrer telle ou telle difficulté relative à la régulation du trafic ; plus abruptement que les autres, ils ont très tôt soumis les nuances réglementaires à l'épreuve des modèles sociaux.

1.1.1. Trois temps

La matrice formelle des panneaux à silhouettes ne fait pas son entrée dans le répertoire international avant 1931 (9) : rangé dans la tierce catégorie des "signaux comportant une simple indication", qui succède aux "signaux de danger" et aux "signaux comportant une prescription absolue", un nouveau venu, appelé "signal de prudence", est composé d'un triangle inscrit dans un carré (10). C'est un pictogramme qui offre une large disponibilité sémiologique, puisque la représentation du motif précis de l'alerte n'est pas, d'emblée, intégrée au signal. Mais il partage cette particularité avec un panneau de danger introduit à la même date (11), et cette redondance est significative des ajustements qu'a déjà requis, à l'usage, le système de signalisation : il est clair que la flexibilité en conditionne, pour partie, l'efficacité. En revanche, rapportée à la trilogie danger-prescription-indication, la

---

notamment à Paris, qui donnait le ton en matière d'automobilisme, d'opposer "Code de la route" et "Code de la rue". Sans du tout ignorer les contraintes propres aux "agglomérations", le Code de la Route n'a jamais consacré ce type de coupure. En revanche, il admet à la fois des zones préférentiellement affectées aux piétons, et des voies spéciales, sur lesquelles les automobilistes n'auront à se préoccuper ni des piétons, ni des deux roues. Notre étude ne s'appuiera guère, évidemment, sur les premières, où le défaut de concurrence rend superflue l'implantation des trois panneaux considérés, mais elle ne saurait éliminer les secondes, qui restent au moins sujettes à l'intervention des piétons pour cause de "Travaux" (panneau AK 5).

(6) Tels que les signalements des "cassis", "virage", "croisement" et "passage à niveau" : ce sont les quatre premiers panneaux circulaires - adoptés par la Convention internationale de Paris en 1909 (reproduction, Krampen, op. cit. p. 52).

(7) En 1928, le Comité de la circulation routière de la Société des Nations propose, pour signaler les interdictions d'accès à telle ou telle catégorie de véhicules, des panneaux composés d'un disque évidé surmontant un rectangle, sur lequel sont portées des inscriptions et les silhouettes d'une automobile ou d'un camion, ainsi que des profils de motocycliste, cycliste ou cavalier (document C. 15. M. 8. 1928. VIII ; reproduction, Krampen, op. cit., p. 78/79). C'est une première et, en quelque sorte, une demi-percée de l'être humain dans les pictogrammes routiers : l'image du "centaure" transpose avec exactitude l'impératif inscrit , cinq ans plus tôt, à l'article 7 du Code de la Route français : "Tout véhicule doit avoir un conducteur".

(8) Car s'il n'est pas, en Droit routier, de véhicule sans conducteur, il y a bel et bien une catégorie d'usagers de la route qui ne sont pas des conducteurs.

(9) Convention sur l'unification de la signalisation routière, signée à Genève le 30 mars 1931, document C. 231. M. 99. 1931. VIII. (reproduction, Krampen, op. cit., p. 81/83).

(10) Voici comment il est présenté, en compagnie du "signal de parcage autorisé", du "signal indiquant l'emplacement d'un poste de secours" et des "signaux de localités et d'orientation" (p. 7 du document cité) : "Ce signal indique que les conducteurs des véhicules doivent observer une prudence particulière en raison du danger qu'ils sont susceptibles de faire courir à d'autres usagers de la route (par exemple, à l'approche d'une école, d'une usine, etc.). Ce signal consiste en un rectangle (sic ; en fait, c'est toujours un carré qu'on voit reproduit sur les planches, dès 1931) dont le fond est de couleur foncée et sur lequel se détache un triangle équilatéral de couleur blanche ou jaune clair. Une inscription ou une figurine peut en préciser la signification".

(11) Il s'agit du "triangle plein, la pointe en haut, portant en son milieu une barre verticale" (aujourd'hui A 14), "destiné à indiquer les dangers autres que ceux prévus" par "les signaux institués par la Convention internationale du 24 avril 1926" (à savoir : cassis, virage, croisement, passage à niveau gardé et non gardé). La voie avait été frayée à ce panneau "généraliste", qui réserve aux panonceaux la mention précise des dangers visés, par la création, dès 1926, d'un "signal alternatif général de danger", triangle évidé, qui pouvait se substituer aux plaques pleines en cas de conditions atmosphériques trop défavorables.

cœxistence de ce panneau "autre danger" et du "panneau de prudence" vient quelque peu brouiller la clarté des catégories : il faut la mettre au compte de la spécialisation empirique qui porte, comme irrésistiblement, à différencier les signaux de la route et ceux de la rue.

Peu avant d'accéder à cette forme canonique, le signal de prudence avait fait l'objet, à Paris, d'une consécration réglementaire originale. Si la configuration prescrite alors pour harmoniser des pratiques déjà répandues n'a pas été adoptée telle quelle dans la Convention de 1931, elle n'est sûrement pas étrangère à la structure morphologique duale qui distinguera ce panneau. On ne s'étonnera pas de voir insister, au moment où se met en place une systématisation internationale (12) tout à fait décisive, sur le rôle inspirateur de la France et de sa capitale. L'éclosion de la nouvelle nomenclature doit beaucoup aux mesures administratives intervenues, à partir de 1924, sous la pression des "embarras de Paris" (13). Grâce au rapport d'un Conseiller municipal (14), on peut en effet dater de cette année-là l'implantation systématique des panneaux dans les rues parisiennes (15). Six ans plus tard, les progrès sont manifestes, puisqu'un arrêté du Préfet de Police (16) fournit un luxe de précisions sur trois grandes catégories de signaux réglementaires. C'est ainsi qu'entre les "signaux d'arrêt ou d'interdiction", sur disques à fond rouge, et les "signaux comportant recommandations et avis divers", sur disques à fond bleu, sont décrits des "signaux d'obstacles, de danger et de ralentissement (croisements, écoles, etc.) sur plaques en forme de triangle équilatéral de 0,70 m de côté, fond bleu, surmontées d'un disque bleu de 0,20 m au moins de diamètre" (17). Ce recours à la juxtaposition triangle-disque ou rectangle-disque, concernant des panneaux à dominante bleue, semble une transposition cohérente du procédé de couplage disque-rectangle utilisé en 1928 pour les signaux d'interdiction de passage, à dominante rouge (18). La réglementation parisienne de 1930 donne vraisemblablement le maillon qui permet de relier, entre 1928 et 1931, les étapes d'une double recherche de clarification : matérielle, avec la suppression des panneaux bipartites, et notionnelle, avec l'instauration d'une nouvelle classification tripartite (19). Dans ce contexte, la

(12) C'est en 1928 que la régulation de la circulation dans son ensemble - routes et rues - trouve sa première expression symbolique internationale, et avec la Convention de 1931 que sont véritablement constituées les bases pictographiques de la signalisation actuelle.

(13) Plusieurs signaux français intéressant le trafic en ville avaient été adoptés dans les recommandations de 1928 (interdiction de passage, direction à suivre, stationnement interdit, parcage autorisé) ; voir Krampen, op. cit., p.69.

(14) *Préfecture de Police. Ordonnance générale concernant la circulation, précédée du rapport de M. Émile Massard, conseiller municipal, et de l'exposé de M. Alfred Morain, Préfet de Police, présentée au Conseil municipal de Paris dans la séance du 12 décembre 1924*, Paris, imprimerie Chaix, 1925, XXXVI+204 p.

(15) E. Massard, op. cit., p. VI , rappelle que, dès 1910, "après la circulation giratoire et la circulation à sens unique, nous avons préconisé la signalisation, qui n'existait nulle part en Europe et qui n'était appliquée qu'en Amérique, notamment à Chicago et à New-York" ; "en 1924, on a enfin décidé de faire la première application du système. (...) Aujourd'hui, nous sommes tous d'accord pour demander à l'Administration de généraliser la signalisation". L'exposé d'A. Morain, op. cit., p. XXIII et XXXI, spécifie qu'on commence à signaler les "sens uniques" et les "passages de piétons".

(16) Arrêté du 28 juillet 1930, signé Jean Chiappe, "réglementant la forme, la couleur et la pose des appareils officiels de signalisation concernant la circulation urbaine dans le département de la Seine", en conformité avec les dispositions de la Circulaire des Ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 2 avril 1930.

(17) Article 1er de l'arrêté cité. L'article 2 prescrit que "les signaux placés à l'entrée des agglomérations pour indiquer le nom des localités seront établis sur panneaux rectangulaires avec inscription en blanc sur fond bleu. Ils seront surmontés d'un disque bleu de 0,20 m au moins de diamètre".

(18) Voir note 7. Disons, pour préciser rigoureusement l'évolution, qu'une alternative à ces panneaux était déjà prévue en 1928, avec le pictogramme inscrit directement dans un disque plein, et l'inscription, isolée, sur le panonceau rectangulaire au-dessous.

(19) Pour une première division tripartite, voir note 5. En 1928, on a affaire à un catalogue plutôt qu'à une classification ; le document C.15. M. 8. 1928-VIII (11p.+ VII tableaux) énumère ainsi 1. "signaux de passages dangereux", 2. "signaux de vitesse maximum", 3. "signaux d'interdiction de passage", 4.

création d'un panneau qui remplace par une image d'emboîtement les empilements antérieurs constitue une originalité qui laisse d'ores et déjà percer la complexité relative du message. À peine deux ans plus tard, un nouvel arrêté (20) du Préfet de Police prend acte d'une circulaire ministérielle qui, anticipant sur la mise en vigueur législative de la Convention (21), place la signalisation française à l'avant-garde des références internationales. Curieusement, la classification (22) y est moins structurée que dans le texte signé à Genève, mais le codage des formes et des couleurs se trouve plus rigoureusement fixé (23). Surtout, le signal de prudence est devenu pluriel ; habité de silhouettes, il se décline en cinq modèles "qui ont pour objet d'appeler l'attention sur les points aux abords desquels il est nécessaire de ralentir, et parmi lesquels on remarquera ceux-ci : proximité d'une école, passage habituel d'aveugles, passage pour piétons" (24). L'image des usagers à pied devient ainsi majoritaire dans le contingent des pictogrammes officiels qui font intervenir des silhouettes humaines, puisque, jusque dans les années 60, on n'en rencontrera plus, hors cet ensemble, que deux exemples sur les disques d'interdiction : le profil du motocycliste, seul rescapé de la panoplie introduite en 1928, et celui d'un conducteur de charrette, pour signaler la "circulation interdite aux véhicules à marche lente".

C'est donc à l'orée des années 30 que s'impose et se répand, en France, la petite série des "signaux de prudence" : ils viennent peupler les ouvrages de vulgarisation pédagogique, qui, désormais, prodiguent les illustrations à l'usage des apprentis-conducteurs (25). Trois de ces panneaux font toujours partie du système en vigueur, et suggèrent au moyen de silhouettes quels drames couvent sous les plus anodines rencontres (26) : un profil d'homme emmitouflé, avec chapeau et

---

"signal de direction à suivre", 5. "signal de stationnement interdit", 6. "signal de parcage autorisé", et 7. "autres signaux intéressant la circulation routière". Le regroupement intéressant des panneaux de danger et de ralentissement qui est effectué par l'arrêté parisien de 1930 n'est pas repris, l'année suivante - on l'a vu, p.7 - dans l'ordonnancement international, qui se présente ainsi : 1. "signaux de danger", 2. "signaux comportant des prescriptions absolues" (A. "signaux marquant une interdiction" et B. "signaux marquant une obligation à exécuter"), et 3. "signaux comportant une simple indication" (a. "signal de parcage autorisé", b. "signal de prudence", c. "signal indiquant l'emplacement d'un poste de secours" et d. "signaux de localité et d'orientation").

(20) "Arrêté du 1er juin 1932 réglementant la forme, la couleur et la pose des appareils officiels de signalisation concernant la circulation urbaine dans le département de la Seine" et abrogeant l'arrêté du 28 juillet 1930.

(21) Circulaire ministérielle du 11 août 1932, puis loi du 3 juillet 1934, et décret du 11 avril 1935.

(22) L'article 1 classe les signaux intéressant la circulation en 1. signaux de danger 2. d'interdiction 3. d'obligation 4. de prudence 5. de simple indication 6. de direction ou de localité.

(23) L'article 2 dresse un tableau des signaux suivant leur forme et leur couleur. Jaune clair - triangle ou triangle inscrit dans un rectangle - danger, prudence ; rouge - disque - arrêt, interdiction ; bleu - disque ou rectangle - obligation à observer, simple indication. L'article 6 de l'arrêté décrit minutieusement le "rectangle de couleur bleue dans lequel est inscrit un triangle jaune clair avec figurines bleu noir". Or, pas plus en 1933 (document C. 671. M. 321. 1933. VIII) qu'en 1931 (document déjà cité, voir note 10), les exigences de la Société des Nations ne vont aussi loin. Une "note explicative concernant les variations admises dans les couleurs utilisées pour les tableaux de l'annexe à la Convention sur l'unification de la signalisation routière" insiste sur le fait qu'à cet égard les signaux de danger ne font l'objet d'aucune prescription ; dans les signaux marquant une interdiction, la couleur rouge doit prédominer, et c'est le contraire pour ceux qui indiquent une obligation à exécuter ; pour les signaux d'indication enfin, "le choix des couleurs est facultatif, étant entendu que la couleur rouge ne doit en aucun cas prédominer". Tout au plus, une "préférence" est-elle indiquée "pour la couleur bleue comme teinte de fond".

(24) Un tableau annexé reproduit cinq vignettes, sous-titrées "école", "aveugles", "piétons", "travaux", et "ralentissement" (c'est le signal générique, qui est le seul à ne pas comporter de silhouette).

(25) Voir, par exemple, le *Code de la Route annoté et illustré* du Colonel Vohl (Lavauzelle, 1933, 13e édition, 495 p. ; annexe 4) qui reprend, pour la signalisation, la classification d'ensemble et, pour présenter les "signaux de prudence", les termes exprès de l'arrêté du Préfet de Police de Paris, déjà cité, du 1er juin 1932 ; *Le Code de la Route actuellement en vigueur*, édité par les "cartes Taride", 1934, 205 p., se réfère, lui, aux trois catégories de signaux instituées par la Convention internationale de 1931.

(26) À la différence du pictogramme "aveugles", les silhouettes des enfants (aujourd'hui A 13 a), du piéton sur le "passage clouté" (aujourd'hui A 13 b), ou de l'ouvrier occupé à des travaux de voirie (aujourd'hui AK 5) font référence à la quotidienneté la plus ordinaire.

pardessus, marchant entre deux lignes de "clous", voilà pour l'usager des voies publiques, vaquant à ses affaires, et largement aussi pressé que son congénère au volant ; deux enfants de face, main dans la main, cartable à bout de bras, c'est l'image de la vulnérabilité, que l'apprentissage du sérieux social expose d'autant plus cruellement aux déplacements inconsidérés ; enfin, de profil encore, un homme brandissant une pioche entre une chaussée défoncée et un tas de pavés, ce sont les risques des métiers de terrassement, par les intrusions prolongées qu'ils occasionnent sur des voies qu'on s'efforce de maintenir ouvertes à la circulation. Dans tous ces cas, le panneau fait l'application d'une injonction fondamentale, que la première réglementation concernant les nouveaux véhicules avait ainsi posée : "Le conducteur de l'automobile devra rester constamment maître de sa vitesse. Il ralentira ou même arrêtera le mouvement toutes les fois que le véhicule pourrait être une cause d'accident, de désordre ou de gêne pour la circulation" (27). Et lorsque naissent les panneaux de prudence, il y a bien dix ans que, dans le Code de la Route, le principe a été explicité (28) à grand renfort d'exemples, et que le mot "prudence" figure en toutes lettres dans l'article qui, justement, mentionne les piétons (29). Mais les plots destinés à matérialiser les points de traversée qui leur sont réservés ne commencent à être posés, à Paris (30), qu'en 1925, et leur nombre ne sera significatif que dans les années 30.

À la différence des panneaux "École" ou "Travaux", qui signalent tout uniment la présence prévisible, sur la chaussée, d'enfants ou d'ouvriers, on notera que ce panneau "Passage piétons", lui, re-signale verticalement une signalisation déjà inscrite en permanence sur le sol, et rappelle qu'elle est toujours susceptible d'être utilisée de plein droit : les "clous" sont dessinés avec soin de part et d'autre du passant. Cette particularité suffirait à faire soupçonner les difficultés que l'on eut à instituer, puis à faire respecter, aussi bien des piétons que des automobilistes, les passages qui ne bénéficiaient pas d'un système de feux, avec alternance automatique des flots de voitures et de piétons, ou qui n'étaient pas surveillés par un agent de police modulant de ses bras le trafic (31). De fait, cette "signalisation au carré", qui se compose des "clous" et du seul panneau, vise, tout autant qu'à les protéger, à limiter les traversées des usagers non conducteurs : attirer l'attention sur ces

(27) Décret du 10 mars 1899, article 14.
(28) Décret du 27 mai 1921, article 3, sous l'intitulé "Vitesse". Ce n'est déjà, au chapitre III qui regroupe les "dispositions spéciales aux véhicules automobiles", qu'un prolongement de l'article 8 (même intitulé) du chapitre Ier ("dispositions applicables à tous les véhicules, aux bêtes de trait, de charge et aux animaux montés") : "Les conducteurs de véhicules quelconques (...) doivent toujours marcher à une allure modérée dans la traversée des agglomérations, et toutes les fois que le chemin n'est pas parfaitement libre ou que la visibilité n'est pas assurée dans de bonnes conditions". L'article 31, tout en reprenant la formule citée de l'ancien article 14 (voir note précédente ; une seule différence : le verbe "devoir" est employé au présent), énumère, dans ses deux premiers alinéas, dix cas de ralentissement exigibles. L'inflation des accidents directement liés à des surgissements de piétons est perceptible à travers au moins quatre des indices topiques (les seuls à pouvoir être sélectivement saisis par des panneaux) : non seulement "les agglomérations", mais encore "les sections de routes bordées d'habitations", "les passages étroits ou encombrés", et "les carrefours".
(29) Décret du 27 mai 1921, chapitre VI ("dispositions applicables aux piétons et aux animaux non attelés ni montés"), article 55, sous l'intitulé "Piétons" : "Sans préjudice des mesures de prudence qui leur incombent, les conducteurs de véhicules quelconques sont tenus d'avertir les piétons de leur approche. Les piétons dûment avertis doivent se ranger pour laisser passer les véhicules, cycles, bêtes de trait, de charge ou de selle".
(30) Voir, dans le document cité ci-dessus, note 14, l'exposé du Préfet de Police Morain, p. XXXI : "seule l'avenue des Champs-Élysées est l'objet d'une signalisation des passages de piétons".
(31) Voir A. Perraud-Charmantier, "Les pistes ou passages cloutés", in *Le Journal des Assurances*, 1933, 20 p. ; p. 8/9. Et J. Amblard, in *Le Code de la route, guide pratique de l'automobiliste*, Dalloz, 1928, 305 p., écrit : "On se f... littéralement du Code de la Route"(p. 7/8) ; les "gens des villes ont une tendance à considérer que la voie publique leur appartient" (p. 30) ; "Méfiez-vous des enfants qui jouent sur les trottoirs, et songez qu'au moment que vous passerez, ils trouveront très amusant d'essayer de traverser la voie publique" (p. 31) ; bref, "l'éducation du public n'est pas faite" (p. 207).

"passerelles fictives" (32), c'est tendre à cantonner dans de strictes limites la présence piétonne sur la chaussée ; obliger l'automobiliste au ralentissement - mais non à un arrêt systématique -, c'est laisser entendre aux piétons que leur faculté de passage ne les dispense pas d'évaluations attentives, ou même d'une appréciation réaliste de la disproportion des forces en présence (33). Pendant la vingtaine d'années où subsisteront, sans modifications majeures, cet ensemble réglementaire et sa transposition pictographique, les Ordonnances du Préfet de Police de Paris contribuent à faire élaborer un "Code du piéton" (34), les rapports internationaux confrontent des solutions de sécurité variées (35), et, peu à peu, la jurisprudence française se constitue (36). Cependant, la fréquence des accidents corporels, qui nourrit un abondant contentieux, ne cesse d'illustrer les difficultés du partage : l'institution d'une "priorité" des piétons sur les clous (37) se heurte à la désinvolture des automobilistes, comme les précautions exigées des piétons (38) sont bien souvent sacrifiées par eux au réflexe du plus court chemin. Certes, des déplacements innombrables s'effectuent, sans encombre, moyennant d'infimes et d'instantanées concertations entre usagers de la chaussée : les panneaux, pas plus que les textes, ne peuvent rivaliser avec le "sens pratique", mais ils servent à maîtriser les cas où celui-ci risquerait d'être mis à excessive épreuve. C'est de ce point de vue qu'il faut apprécier la conception des "panneaux de prudence". Leur forme, qui les situe à mi-chemin des signalisations sécuritaire (panneaux de danger) et informative (panneaux d'indication), transpose subtilement la spécificité des consignes de mise en garde, qui sont en même temps alerte d'obstacle pour les uns et avis de protection pour les autres. Cette fonction de bouclier est très adaptée, on l'a vu, aux caractéristiques des passages piétons, mais elle se justifierait aussi bien pour les portions de chaussées, moins strictement délimitées, qui jouxtent les écoles ou les emplacements de travaux. En revanche, la combinaison de couleurs adoptée incite à présumer que, dans la perception commune, l'équilibre cherché risquait fort d'être compromis. Car si le triangle central reproduit le contraste jaune clair-bleu foncé réservé aux panneaux de danger, la teinte d'enveloppement, qui s'impose, au premier coup d'œil,

---

(32) Perraud-Charmantier, op. cit., p. 14, cite cette formule du Préfet Chiappe (20 décembre 1930, à la presse).

(33) Ibidem, citation des propos du même Chiappe, en 1932 : "il s'agit de masses d'acier heurtant des corps humains, et toutes les ordonnances préfectorales du monde ne feront pas que la tôle devienne inoffensive et l'homme invulnérable".

(34) C'est ainsi que furent baptisés les articles 31 à 33 de l'Ordonnance du 15 mars 1925, reproduits dans l'arrêté du 1er mars 1928 (article 3, 3°, 4° et 5°) ; dans la réglementation nationale, ce n'est pas avant le décret du 20 août 1939 (article 55), qu'on détaille un peu "les dispositions applicables aux piétons" : ils doivent "se ranger sur le bord de la route (...) en tout lieu où la visibilité est imparfaite" et ne "traverser" ou "emprunter la chaussée qu'après s'être assurés qu'ils peuvent le faire sans danger". L'arrêté parisien du 1er juillet 1930 "fixant les règles que doivent observer vis-à-vis les uns des autres les conducteurs de véhicules et les piétons" était beaucoup plus précis (voir, infra, notes 37 et 38).

(35) Un seul exemple : les volumineux "Rapports sur la sécurité des piétons et des cyclistes" présentés respectivement par le Dr H. Rothmund et A. Valsinger, et examinés à la 12e session du Comité de la Société des Nations, réuni à Genève du 25 au 30 avril 1938 (Document 1938-VIII-2, 38 p.)

(36) Voir F. Robert, *Le Piéton, étude jurisprudentielle de ses droits et de ses obligations*, Dalloz, 1942, 155 p. ; "Le piéton moderne vit à l'état d'alerte" (p. 5) ; "La loi du progrès s'impose aussi à l'enfance, qui perd son droit à l'étourderie et à la spontanéité" (p. 127).

(37) On trouve l'expression dans l'arrêté parisien cité du 1er juillet 1930, article 3, 3° : sur la chaussée, les conducteurs sont tenus "de céder la priorité aux piétons en ralentissant et, s'il y a lieu, en s'arrêtant avant la traversée des endroits prévus pour le passage des piétons".

(38) Ibidem, article 4 : "Il est interdit aux piétons de circuler ou de stationner sans nécessité sur la chaussée. Les piétons sont tenus, en outre, 1° de ne traverser la chaussée qu'aux endroits où des passages sont spécialement établis à cet effet, et, aux croisements, dans le prolongement des trottoirs ; (...)3° de ne pas franchir en diagonale les places, carrefours et tous les croisements". Ce texte est significatif du chemin parcouru depuis les débuts de l'automobilisme : que l'on compare les réflexions de F. Robert (op. cit.) à l'apostrophe que lançait, vers 1924, l'auteur d'un *Code de la Route* édité par l'Automobile-Club ardennais et la compagnie d'assurances la Foncière (s.d.; 36 p.) : "Automobilistes, vous savez que vous êtes traqués par la police, par les gendarmes, par les piétons, par les agriculteurs, par tous ceux qui n'ont pas d'automobiles" (p. 34).

comme prédominante, c'est, sans doute possible, le bleu, plutôt évocateur d'un simple indicatif (39). Quant à la dénomination, choisie - non sans hésitations et repentirs - pour faire référence à la vertu de prudence (40), on ne saurait dire qu'elle accordait trop de crédit au civisme des usagers : car les remodelages ultérieurs, dessins et désignations confondus, ne se sont pas avérés beaucoup plus aptes à susciter un respect généralisé. En tout cas, une appellation nuancée avait bien peu de chances de contrebalancer l'inconvénient offert par l'assemblage chromatique. Au principe de cette catégorie de signaux, il y eut sans doute une surestimation des capacités diacritiques cumulables par un seul pictogramme.

La deuxième génération des panneaux à silhouettes n'apparaît pas dans les années de l'immédiat après-guerre, au cours desquelles on se contente de procéder à une vaste remise en ordre (41), mais ira quasiment de pair, en France, avec la refonte moderne du Code de la route (42). À la suite d'une nouvelle convention internationale (43), une *Instruction générale sur la signalisation routière* (44) vient préciser l'arrêté interministériel du 22 juillet 1954, et consacre, s'agissant des panneaux qui nous occupent, la modification simultanée du nom, des couleurs et des dessins. Les anciens signaux de prudence sont en effet définitivement absorbés dans la catégorie des panneaux de danger, dont les triangles à fond "crème" et figurines "bleu foncé" se trouvent désormais soulignés par un "listel rouge" (45). Cependant, la France décide de ne pas retenir le nouveau signal international prévu pour les

(39) Voir ci-dessus, note 23 : le texte réglementaire penche, de toute évidence, pour le regroupement danger-prudence, et interpréterait en "obligation" l'existence de la teinte bleue ; mais on voit comment la typologie des formes interfère malencontreusement avec celle des couleurs, et à quel point les deux significations attachées au bleu aggravent l'ambiguïté du signal.

(40) Dénomination qui est venue supplanter la désignation primitive : "panneaux de ralentissement" (par exemple, dans l'arrêté cité du Préfet de Police de Paris du 28 juillet 1930, article 1) et qui fut plus tard concurrencée par l'expression générique "signaux de police" (comme dans l'Ordonnance générale du préfet de Police de Paris, du 18 février 1948, article 224, ou le *Code de la route*, éd. Parvillée, Paris, 1950, 62 p.), en laquelle se trahit encore (au moins étymologiquement) la tendance à isoler des signes urbains. Pour les affinités du Droit avec la notion aristotélicienne de prudence, et "la science de la délibération" qu'elle suppose, voir F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, 281 p. ; spécialement p. 85/93.

(41) Voir l'*Instruction générale sur la signalisation routière*, (imprimée par le Ministère des Travaux publics et des Transports, Institut géographique national, 1946, 31 p.) ; l'article 4 distingue, en dehors de la signalisation temporaire, quatre catégories de signaux : 1. "la signalisation d'obstacle", 2. "la signalisation de police", dans laquelle "se rangent notamment les signaux de prudence", 3. "la signalisation de localisation", et 4. "la signalisation de direction". Une désignation codée des différents panneaux est aussi mise en place : pour les enfants, c'est C 3, avec la vignette déjà décrite, mais pour les piétons, on préconise le panneau générique C1 avec l'inscription "Passage clouté" sur panonceau, et, pour signaler un chantier, la pancarte "Travaux" J 1 (lettres et listel bleu foncé sur fond jaune). Signe d'une familiarisation achevée : un C 3 parisien entre dans l'art graphique, en compagnie d'enfants qui jouent à la marelle. Deux d'entre eux, garçon et fille, appuyés exactement de part et d'autre du support tubulaire, permettent un effet de contrepoint très réussi avec les figurines. C'est une photographie d'Édouard Boubat, "Avenue de Saint-Ouen, 1948 " (publiée dans *Le Paris de Boubat*, Paris Audiovisuel et Paris Musées, 1990, p. 20).

(42) Décrets du 10 juillet 1954 et du 15 décembre 1958.

(43) Loi du 12 juillet 1952 ; décret du 13 novembre 1954, "portant publication du Protocole relatif à la signalisation routière signé à Genève le 19 septembre 1949" (reproduction in Krampen, p. 94/95), article 3 (pour les trois grandes catégories de signaux : signaux de danger ; signaux comportant des prescriptions absolues, se subdivisant en 1. signaux d'interdiction et 2. signaux d'obligation ; signaux comportant une simple indication, se subdivisant en 1. signaux d'indication ; 2. signaux indicateurs de présignalisation et de direction, 3. signaux de localisation et d'identification de routes) ; articles 11 (pour la description des panneaux de danger), 19 (pour le signal "Travaux", coté I, 15), 21 (pour le signal "Passage pour piétons", coté I, 17) et 22 (pour le signal "Enfants", coté I,18).

(44) Imprimée par l'Institut géographique national, 1955, 102 p.

(45) Article 23 de l'*Instruction* citée. L'article 31 concerne le panneau A 5 (travaux) et l'article 40 le panneau A 13 (enfants). Dès 1951, et encore sous le nom de "panneaux de prudence", on voit apparaître dans les Codes illustrés le nouveau modèle de panneaux (voir, par exemple, Cel Vohl, *Code de la route et police de la circulation*, Paris, Lavauzelle, juillet 1951, 170 p.).

passages piétons : il faudra attendre l'arrêté du 22 octobre 1963 pour le voir figurer dans la nomenclature officielle (46).

Ces trois panneaux n'ont pas encore disparu du décor familier aux automobilistes ; on attend pour les remplacer qu'ils soient trop abîmés, de sorte qu'ils voisinent fréquemment avec la troisième - et jusqu'ici dernière - variante du système (47). Cela est fort aisé à constater pour les deux signaux qui restent installés à demeure, "enfants" et "passage piétons", dont l'implantation est devenue toujours plus dense en quarante ans, mais il n'est pas rare non plus de voir surgir, à l'occasion d'un chantier, un A5 désuet. Pourtant, quand ils apparaissent au début des années 50, les nouveaux modèles de panneaux ont un air tout pimpant, et ce sont leurs prédécesseurs des années 30 qui font brutalement figure d'archaïsmes. Ces silhouettes redessinées, présentées sans ambiguïté comme des signaux de danger, combinent quelques traits décisifs de lisibilité dont les pays européens, désormais, ne se départiront plus : forme triangulaire, usage de la bordure rouge, recours aux pictogrammes (48). De plus, la représentation des différents piétons comporte quelques modifications de détail significatives. L'homme qui emprunte le passage clouté n'est plus engoncé dans un manteau : le dessin détache clairement l'enjambée ; cette efficacité de l'image, due à la nature même du costume, contribue à perpétuer le choix de la silhouette masculine pour figurer, génériquement, les usagers à pied (49). L'ouvrier, à présent, manie la pelle entre deux tas de sable : outre que, là aussi, l'attitude a gagné en lisibilité, le signal n'est plus aussi confiné qu'auparavant dans l'allusion urbaine. Le couple d'écoliers, enfin, continue à valoir comme métonymie d'"endroits fréquentés par les enfants, tels que des écoles et des terrains de jeux" (50), mais il est présenté de profil : un grand garçon retient, d'un geste protecteur, l'élan d'une petite fille ; au fond, si la situation pédagogique est à ce point privilégiée, c'est parce que le pictogramme se fait lui-même pédagogue : il propose l'image-modèle d'enfants sages et avertis, pour qui l'école représente, au surplus, un lieu d'apprentissage du Code de la route (51). On est donc allé, à la fois, vers l'intensification du signal et vers une clarification du système : de fait, cette triple spécialisation piétonnière à l'intérieur du groupe des panneaux de danger,

(46) C'est alors que A 13 est dédoublé en A 13 a (enfants) et A 13 b (piétons).

(47) Elle-même inaugurée en 1977 (voir ci-dessous). Contraintes financières aidant, la signalisation peut jouir d'une longévité quelquefois surprenante ; c'est ainsi que même la première génération des panneaux de prudence n'a pas disparu tout à fait : nous avons pu personnellement admirer encore en 1992 deux exemplaires de C3, abîmés mais reconnaissables, dans une rue d'Echilleuses (Loiret), ainsi qu'à Aigueperse (Puy-de-Dôme) et à Chaudun (Aisne).

(48) Pour un tableau comparatif des différents partis-pris de signalisation dans le monde, voir Krampen, op. cit., p. 121. La Convention de Vienne de 1968 n'a remis en cause ni la classification générale des signaux, ni l'aspect des trois panneaux qui nous intéressent.

(49) On pourrait en effet s'étonner que la représentation d'un état de fragilité pour les adultes - une fois supprimé le pictogramme "Aveugles" - ait été confiée à cette unique figure masculine ; d'autant plus que, lors de la naissance des passages cloutés, les responsables mettaient l'accent avec complaisance sur les cas attendrissants où "le concours empressé et attentif de nos gardiens de la paix" est requis pour "guider les pas des mamans avec leurs bébés ou des jeunes filles dans la traversée des chaussées" (Exposé du préfet Morain, déjà cité, p. XXXII). On remarquera qu'il n'est nullement question des femmes âgées. À titre de comparaison, notons l'implantation actuelle, au Royaume-Uni, d'un panneau de danger qui représente deux silhouettes voûtées : une femme soutenue par un homme, qui lui-même s'appuie sur sa canne - le tout explicité par le panonceau "Elderly people".

(50) Décret du 13 novembre 1954, article 22.

(51) Loi du 26 juillet 1957 et décret du 28 novembre 1958, organisant l'enseignement de la prévention routière à l'école primaire (voir M. Oléon, *La prévention routière à l'école*, livre du maître, Les éditions sociales françaises-librairie Istra, Paris, 1958, 23 p. ; Avertissement : "En fait, depuis plusieurs années déjà, beaucoup de maîtres, déférant aux instructions ministérielles, donnaient à leurs élèves des conseils de prudence appuyés de leçons sur les dangers de la circulation routière"). Ce sera l'utile contrepartie de ce que certains commentateurs dénoncent comme une "lacune très grave" : le fait que le Code de la route n'a pas rendu obligatoire l'accompagnement des enfants, si jeunes soient-ils, alors qu'il impose un conducteur à tout véhicule et un gardien à tout animal (voir P. Baille, *Le Code du piéton, droits, devoirs, responsabilités*, 2e éd., Paris, l'Argus, 1964, 47 p. ; p. 28).

semble mettre fin à la concurrence, génératrice de confusions pernicieuses, que se faisaient les deux panneaux généralistes "prudence" et "autres dangers" (52). Non que le concept de prudence ait perdu de sa pertinence : au reste, par l'effet d'un assez curieux chassé-croisé, c'est quand on renonce à une transposition pictographique délicate, qui avait incité à désigner de ce nom une catégorie de signaux, que l'intervention du mot dans les textes réglementaires se trouve sensiblement renforcée (53). Au prix de quelques retouches, somme toute modestes, les panneaux A 5, A 13a et A 13b accompagneront donc les usagers de la route tout au long des années 60, puis 70 : c'est d'ailleurs surtout le signal "Travaux" (A 5) qui fait l'objet d'une série de modifications afférentes aux commentaires réglementaires, puis à la taxinomie signalisatrice (54). En 1974, une autre étape est franchie dans la systématisation : le fond crème des panneaux de danger disparaît au profit d'une radicalisation chromatique, qui oppose le blanc (connotant désormais les dangers permanents) et le jaune (réservé aux dangers temporaires). Le panneau "Travaux" se trouve alors présent dans les deux groupes, mais pour fort peu de temps. Trois ans plus tard, en effet, un reclassement intervient, qui réalise la fusion définitive des idées de chantier et de danger seulement temporaire (55).

À cette même date, voit le jour ce qu'on peut considérer comme la troisième génération des panneaux à silhouettes. Désormais, ces "panneaux de danger" triangulaires sont dotés d'un fond blanc et bordés d'une bande rouge, elle-même encadrée par un listel blanc. Les symboles et inscriptions, eux, sont en bleu foncé" (56). Mais surtout, l'introduction d'un dessin nouveau modifie sensiblement l'apparence de nos trois pictogrammes : au lieu des contours "réalistes" précédemment décrits, c'est un parti-pris schématique qui s'affirme. La représentation des corps, stylisés à l'extrême, fait l'économie des mains et des visages profilés : finis les effets pittoresques, soit de coiffure (chapeau, casquette ou nœud dans les

(52) Deux détails en témoigneront suffisamment : en premier lieu, l'utilisation de l'un ou l'autre des deux signaux pour avertir d'un danger original (voir, par exemple, *Code de la route photographique avec les nouveaux signaux internationaux*, Paris, Parvillée, 1954, 36 p., qui, malgré la prise en compte du changement d'aspect pour les panneaux "travaux", "attention enfants" et "passage pour piéton", présente encore l'ancien "panneau de prudence" portant l'inscription "sortie d'usine") ; ensuite, le fait que le signal de danger "croisement" (croix de Saint-André dans un triangle, qui faisait savoir au conducteur qu'il devrait s'effacer devant les véhicules débouchant à sa droite - aujourd'hui AB1) exista longtemps sous la forme d'un panneau de prudence (le triangle décrit ci-dessus inscrit dans un carré), avant la création de l'actuel panneau AB2, lorsqu'il s'agissait d'annoncer qu'une voie à grande circulation allait croiser une route secondaire, sur laquelle les conducteurs seraient tenus de céder le passage. Mais en réalité l'interchangeabilité des deux panneaux a bel et bien subsisté et n'est pas toujours dénuée d'avantages : A 14 augmenté de son panonceau est précieux quand il faut prescrire la vigilance tout au long d'un segment de route (exemples : "Piétons sur 2 km" ou "Travaux sur 1 km"). Il arrive également que, reproduit en double exemplaire sur un grand panneau rectangulaire, il encadre l'inscription "Attention enfants" à l'entrée d'une agglomération : variante d'A 13 a, qui offre une appréciable surenchère dans la vigueur signalisatrice.

(53) Décret du 10 juillet 1954, article 10 (devenu R.10 dans le décret du 15 décembre 1958) : "Tout conducteur doit constamment rester maître de sa vitesse et mener avec prudence son véhicule ou ses animaux". La formule reste inchangée dans les décrets du 5 février 1969 et du 30 juin 1972 ; la mention explicite de la prudence ne sera finalement omise que dans le décret du 30 juillet 1985 (texte en vigueur à ce jour) : l'article R. 11-1, § 2 enjoint au "conducteur de rester constamment maître de sa vitesse et de régler cette dernière en fonction de l'état de la chaussée, des difficultés de la circulation et des obstacles prévisibles".

(54) Ainsi les arrêtés du 24 novembre 1967 et du 17 octobre 1968 (modifiant celui du 22 ocfobre 1963) procèdent-ils à la reformulation des prescriptions que synthétise le pictogramme. Le texte finalement adopté insiste sur un concept sensible : "Ce signal impose aux usagers le respect d'une règle élémentaire de prudence, consistant à prévoir la possibilité d'avoir à adapter leur vitesse aux éventuelles difficultés du passage, en vue d'assurer leur propre sécurité, celle des autres usagers de la route et celle du personnel du chantier". Mais surtout, l'arrêté du 10 juillet 1974 crée une série nouvelle de panneaux à fond jaune, spécialisés dans la "signalisation temporaire" où figure, sous le sigle AK5, une variante du signal A5.

(55) Depuis l'arrêté du 6 juin 1977 "relatif à la signalisation des routes et autoroutes", actuellement en vigueur, on ne prend plus en compte que A 13a , A 13b et AK 5.

(56) Arrêté cité, modifiant l'article 3 de l'arrêté du 26 juillet 1974.

cheveux), soit de costume (veston, pardessus ou blouse d'écolier), que l'histoire de ces panneaux avait permis de recenser. Toutes les têtes deviennent des cercles, et les membres sont naïvement épaissis. Cependant, la permutabilité des personnages n'est pas pour autant illimitée : restent des distinctions d'âge (concrétisées par une différence de taille) et de sexe (la forme d'un triangle renversé, suggérant une jupe, contraste avec le dessin des deux jambes simplement écartées). Du point de vue graphique, l'innovation la plus spectaculaire intéresse le panneau "Attention enfants". S'il met toujours en scène, comme le prouvent les deux traits distinctifs ci-dessus évoqués, petite fille et grand garçon, ce n'est plus dans une attitude comparable (57) ; ils sont figurés, à présent, en train de s'élancer, et c'est le grand garçon qui, prenant les devants, tire par la main la petite fille ; enfin, la disparition des cartables fait s'envoler aussi la référence expresse au contexte scolaire. Mais on insistera sur le remaniement discret, qui consiste à dédoubler volontiers le panneau "Passage piétons" : A 13 b ne remplit plus alors que la fonction dite de "signalisation avancée", et se trouve complété par C 20, spécialisé dans la "signalisation de position" (58). Or ce dernier panneau offre la particularité de reproduire la même silhouette piétonnière, inscrite dans son triangle blanc, en lui donnant cette fois pour cadre un carré bleu : résurgence indubitable, quoique partielle, des anciens "signaux de prudence" (59). Cependant, plutôt qu'un retour pur et simple à un pictogramme dont on a reconnu les faiblesses, le phénomène manifeste la consolidation réfléchie des structures signalétiques. Le jalonnement hiérarchisé de ces panneaux - un panneau triangulaire bordé de rouge, pour prévenir des abords où la vigilance est requise, puis un panneau carré à fond bleu, pour indiquer l'emplacement exact du passage protégé - renforce la typologie des formes et des couleurs symboliques : si, pour l'historien, une boucle peut paraître bouclée, c'est sans pléonasme ni incohérence, mais en vertu d'un redéploiement raisonné. Le panneau de prudence, qui avait fait rapidement figure de signal secondaire, entre à présent comme signal d'appoint dans une stratégie d'avertissements modulés. De la sorte, se trouvent mieux soulignées les consignes respectivement destinées aux conducteurs - ralentir - et aux piétons - ne pas traverser hors des passages réservés. Le panneau C 20, désormais, se situe à l'articulation des trois principales signalisations - de danger, de prescription absolue, et de simple indication - qui toutes, depuis vingt ans, ont vu proliférer les panneaux à silhouettes (60). En

(57) En revanche, les panneaux "Travaux" et "Passage piétons" font l'objet d'un "resilhouettage" qui n'est pas assorti d'incidences notables sur la situation évoquée: l'ouvrier manie toujours la pelle, même si l'angle du bras est un peu différent, et si les deux tas de sable sont réduits à un seul ; le piéton, lui, est encore encadré par deux lignes de pointillés, évidemment plus commodes à représenter que les bandes peintes en jaune, puis en blanc (depuis l'arrêté du 27 mars 1973) qui, sur la chaussée, ont remplacé les clous.

(58) La distinction des deux signalisations est explicitée dès 1946 (article 5 de l'Instruction interministérielle citée). Le panneau C 20, proposé dans la Convention de Vienne sous la cote E 11 a, est décrit dans l'arrêté du 6 juin 1977. Pour le dernier état de la réglementation, et la chronologie des retouches apportées à ce texte de référence, on se reportera aux fascicules de synthèse "Signalisation routière" édités par les Journaux officiels (1989), et notamment aux articles 20, 40 (livre I, deuxième partie) et 72-1 (ibidem, cinquième partie). Le répertoire général de la signalisation, qui s'est, en quelques décennies, considérablement étoffé, comporte, à l'heure actuelle, huit rubriques : 1. Généralités ; 2. Signalisation de danger ; 3. Intersections et régimes de priorité ; 4. Signalisation de prescription ; 5. Signalisation d'indication ; 6. Signaux lumineux de circulation ; 7. Marques sur chaussées ; 8. Signalisation temporaire.

(59) Partielle, parce qu'elle ne concerne qu'un des trois pictogrammes dont nous avons suivi l'évolution, et aussi parce qu'un léger détail différencie ce carré bleu de son prédécesseur : il est désormais entouré d'un listel blanc.

(60) En se limitant aux silhouettes humaines et plus précisément piétonnières, on mentionnera l'apparition, en 1977, des panneaux B9a ("Accès interdit aux piétons", cercle blanc à couronne rouge, homme marchant de profil), B22b ("chemin obligatoire pour piétons", disque bleu, figurines blanches de face, un homme tenant par la main une petite fille) et B41 (idem, barré de rouge : "fin de chemin obligatoire pour piétons").

revanche, la réglementation française n'a pas favorisé l'implantation d'un type de signal - avatar "moderne" des panneaux de prudence - qui conjugue la prescription d'un ralentissement considérable et son extension à une assez vaste portion d'espace : c'est le panneau bleu et blanc, de forme rectangulaire, indiquant le "Commencement d'une zone résidentielle" qu'on trouve dans plusieurs pays de l'Europe du Nord (61). D'ailleurs, pour améliorer la sécurité de la circulation dans les espaces que sillonnent toutes les catégories d'usagers, on paraît mettre moins d'espoir, à l'avenir, dans les panneaux eux-mêmes que dans un ensemble d'aménagements de voirie aptes à susciter la prudence par effet d'environnement (62).

Les pictogrammes du danger piétonnier seront peut-être alors au bout de leur histoire. Mais, dans l'état actuel du réseau, leur prolifération organisée n'est guère menacée de recul. À moins qu'il ne faille déceler quelques signes d'une remise en cause dans l'apparition de nouvelles formules de signalisation, et, en l'espèce, d'un type de panneaux que nous dirons émancipés : car ce n'est pas sans l'approbation des autorités compétentes qu'ils sont introduits et qu'ils "doublent", de plus en plus souvent, les signaux qui ont accédé à la nomenclature réglementaire.

1.1.2. Deux mouvements

Les soixante ans de mutations et de maturations, dont nous venons de retracer l'histoire, n'ont pas abouti, en effet, au règne sans partage des panneaux A 13 et AK 5. Mieux, on pourrait avancer qu'une pareille évolution a favorisé l'émergence, dans la dernière décennie, d'une volonté de renouvellement qui tend à renier en partie cet héritage. Toutefois, l'une et l'autre des tendances signalétiques dont la cœxistence est aujourd'hui facile à constater ont au moins en commun ce trait, qui justifie une confrontation quelque peu détaillée : elles montrent, à l'évidence, combien les signaux où s'inscrivent des représentations humaines deviennent tributaires, et jusqu'à l'excès, des rapports ambigus que la société entretient avec ses figurations normatives.

La simple description diachronique a déjà laissé soupçonner l'intensité de cette "décalco-normie", en obligeant à souligner le rythme d'obsolescence relativement très rapide des panneaux à silhouettes. Ce n'est pas un hasard, sans doute, si les décisions de "retouches" dans le dessin des personnages - on laissera de côté, ici, les modifications afférentes aux formes et aux couleurs des panneaux - coïncident avec la périodicité qu'on admet ordinairement pour les générations humaines : chaque fois une vingtaine d'années environ. Se contenter d'invoquer, à leur propos, l'argument du progrès vers une meilleure "visibilité", reviendrait à dénier toute efficacité aux variantes les plus récentes, dont la conception est précisément justifiée par la prétention de pallier, au nom d'un parti-pris opposé, les failles du système antérieur. Sous peine de contradiction, on sera forcé d'avouer que si les pictogrammes peuvent être commodément répartis, à l'analyse, entre deux grandes options référentielles - celle du schématique, celle du pittoresque -, leurs caractéristiques ne sont pas tout uniment transposables dans la chronologie. Il serait abusif de les envisager comme départageant deux "époques", ou, a fortiori, comme un critère de distinction univoque entre un état imparfait et un état prétendument "supérieur" de la signalisation. Car la

(61) C'est le cas en Belgique, en Allemagne et en Suisse, au Danemark, au Luxembourg et aux Pays-Bas : la vitesse est limitée à 15 ou 20 km/h, avec obligation de s'arrêter pour laisser passer tous les piétons. Le pictogramme réunit les silhouettes d'un adulte et d'un enfant qui joue au ballon, non loin d'une maison et d'une voiture garée.

(62) Voir, par exemple, *La rue, un espace à mieux partager*, Paris, Amarcande, 1990, 58 p. ; p. 50 : "La signalisation a ses limites lorsque l'aspect physique de la route ne change pas avec son entrée en agglomération".

tension n'est jamais véritablement abolie entre le mouvement que nous conviendrons d'appeler "dé-caractérisation" et son frère ennemi, qui sera désigné sous le terme de "re-spécification". Tout au plus, verra-t-on ces deux tendances tantôt se concurrencer sur le mode interne - ce qui se traduit par la modification du panneau au fil du temps - et tantôt extérioriser leur antagonisme - ce qui assure, dans le même emploi, la présence simultanée de deux ou plusieurs panneaux de style différent. Une fois seulement ces distinctions bien établies, on pourra, pour la commodité de l'exposé, observer que l'élaboration des panneaux à silhouettes entre les années 1930 et les années 1980 est plutôt représentative de la première modalité, tandis que la seconde se trouve assez pertinemment illustrée quand on procède à l'inventaire des signaux de même fonction qui, depuis peu, les concurrencent.

La dé-caractérisation, qui s'est progressivement affirmée dans les pictogrammes conçus pour la protection piétonnière, a été conquise d'abord contre le réalisme historico-géographique. D'une génération à l'autre des trois panneaux considérés, les détails qui renvoyaient trop manifestement aux différences entre sphères urbaine et rurale se sont trouvés amenuisés, et finalement supprimés. C'est ainsi que les travaux de voirie n'ont plus été symbolisés par l'arrachage des pavés, mais par deux puis un seul tas (qui peut être de terre, de sable, ou de ciment) attaqué à la pelle ; que l'emprunteur du passage clouté est successivement dépouillé de la houppelande avec casquette, puis du costume avec chapeau qui évoquaient préférentiellement un habitant des villes ; et qu'en revanche le panier du repas transporté par les écoliers de la campagne a cédé la place au cartable. Ensuite, l'uniformisation est venue raboter les indices qui renforçaient une désignation socio-professionnelle : sur les bonshommes schématiques de 1977, l'écart entre "cols blancs" et "cols bleus" n'est plus concrétisé par les manches retroussées d'un ouvrier tête nue ; désormais, la silhouette est la même que celle qui figure au passage piétons : seul le décor explicite la différence des situations. Pour finir, la rupture délibérée avec le pittoresque élimine aussi quelques connotations psycho-sociologiques que la figuration des attitudes avait pérennisées. Sur AK 5, le maniement de la pelle n'est plus assorti d'une véritable posture d'effort. Ce schématisme généralisé est plus flagrant encore avec le panneau qu'on a spécialisé dans la protection des enfants. L'effacement des références à la scolarité est total : le plus grand des enfants ne se distingue nullement des adultes figurés sur les autres panneaux. En outre, les oppositions de taille et de sexe qui distinguent les deux personnages d'A 13 a ont fait l'objet d'une cumulation à valeur essentiellement structurelle ; pour mieux évoquer le danger provoqué par les groupes d'enfants qui s'égaillent, on a fait choix de deux silhouettes au lieu d'une, et d'un représentant de chaque sexe, conventionnellement distingués par la taille et le signe vestimentaire de la jupe (63). Car leurs attitudes respectives ne permettent guère de déduire entre eux d'autres rapports qu'un simple mimétisme. Et, de ce point de vue, le contraste est sensible avec les dessins antérieurs, qui reproduisaient clairement des modèles relationnels d'autorité : la grande fille dans un rôle de "petite maman", ou le grand garçon paternellement protecteur. Il en est des rapports entre les classes d'âge comme de la discipline scolaire, et l'on semble éviter, à partir des années 70, de mettre en images, s'agissant des enfants, l'allusion trop directe à ces deux types de contraintes.

L'évolution des termes qui ont servi à désigner les pictogrammes anthropomorphiques confirme la tendance - accélérée dans l'après-deuxième guerre mondiale - à une dé-caractérisation. Les panneaux offrent d'ordinaire aux regards deux

(63) À une époque où les filles se mettent en pantalons, le détail n'est évidemment plus réaliste : mais comme les garçons, en revanche, ne mettent pas de jupes, le symbolisme garde une efficacité différenciatrice, comme on le voit dans le pictogramme CE 12, destiné à indiquer les "toilettes ouvertes au public".

sortes de messages ; linguistiques, ils n'ont jamais été appelés autrement qu'"inscriptions" ; mais parmi la florissante cohorte des signes non-verbaux, les silhouettes humaines, dès leur apparition, ont bénéficié d'une terminologie spécifique. Au cours des années 30, on décrit volontiers les panneaux de prudence à l'aide d'un vocable emprunté aux Beaux-Arts : "figurines" (64). Emploi dans lequel il subit la concurrence de "vignette" (65), également issu du registre esthétique. Ces deux termes se partagent longtemps, dans les textes réglementaires aussi bien que dans les ouvrages de vulgarisation, les allusions faites aux silhouettes-signaux, et cela s'explique assez bien, compte-tenu du tracé minutieux des dessins, traités en référence à des ombres chinoises. À l'occasion, cependant, se font jour des formulations moins précises, mais encore empreintes de connotations ornementales, telles que "images" (66), "motif" (67), ou "figures" (68). "Vignette" était probablement en train de s'imposer quand la rupture décisive est introduite avec le remaniement normatif de 1954 (69), qui met fin à toutes les variations terminologiques au profit du seul tandem "symboles et inscriptions". Autrement dit, les représentations piétonnières sont dès lors absorbées dans l'ensemble des pictogrammes, tout comme les "panneaux de prudence" se fondent, à cette date, dans le groupe des signaux de danger. Mais au-delà de cet alignement, le choix du nouveau mot est d'autant plus significatif d'un parti-pris d'uniformisation qu'il ne coïncide pas avec la véritable révolution du graphisme, celle qui est promue par les formes-robots de 1977 (70). En revanche, il rencontre les soucis renouvelés d'une harmonisation internationale en matière de signalisation routière : n'est-il pas remarquable que l'un des rares textes à avoir anticipé sur cette désignation soit dû à la Société des Nations (71) ? L'accent, c'est clair, n'est plus tant mis sur un spectacle, que sur une association d'idées. Mais à quelles idées l'automobiliste - destinataire principal desdits panneaux - est-il tenu d'associer les contours que lui propose cette stylisation obstinée ?

Avant tout, à celles que promeut une réglementation de plus en plus fournie, et dont les exigences sont à la mesure d'un confort grandissant assuré aux usagers motorisés (72). Tandis que le Code de la Route ne cesse d'affermir et d'affiner les règles de la co-circulation, la signalisation se fait plus dense sur les voies, conquiert même le sol à grand renfort d'anamorphoses, et justifie la mise au point d'une pédagogie spécifique. Or l'apprentissage par diapositives, qui consomme empiriquement la rupture entre la connaissance des signaux réglementaires et celle de

(64) Ainsi dans les fascicules illustrés (déjà cités) de la Société des Nations, en 1928, 1931 et 1933 ; ou dans l'Arrêté du 1er juin 1932 du Préfet de Police de Paris (article 6) ; ou encore, dans les Codes de la Route à l'usage des conducteurs, comme celui que publie le Colonel Vohl en 1933.
(65) Par exemple, dans le Code de la Route édité par Taride en 1934, ou dans l'Instruction interministérielle (déjà citée) de 1946.
(66) Arrêté du Préfet de Police de Paris, 28 juillet 1930 (article 1, 3°).
(67) Comme dans le Code de la Route édité par Dujardin en 1950.
(68) Dans l'édition de 1951 du Code de la Route publié par le Colonel Vohl : on notera la nuance, car le même auteur écrivait "figurine" en 1933 (voir ci-dessus).
(69) Décret du 13 novembre 1954 (article 11, par exemple) et Instruction interministérielle (déjà citée) de 1955.
(70) On remarquera, naturellement, que le succès de la substitution de "symbole" à "vignette" a été aussitôt assuré, si l'on ose dire, par la création de la "vignette-auto" en 1956 : la spécialisation antérieure du vocable n'avait, dans ces conditions, aucune chance de se maintenir, même à titre de survivance coutumière.
(71) Dans la "Note explicative" (déjà citée), en addition au fascicule de 1931, on trouve en effet l'expression "signes symboliques".
(72) Côté pouvoirs publics, les efforts accomplis sur le réseau routier, et, côté constructeurs, la production de véhicules dotés tant d'un meilleur éclairage que d'une plus importante surface vitrée ont contribué à faire progresser si vite chez les conducteurs l'impression de sécurité que la sécurité des piétons, elle, y a plutôt perdu. Tant une appréciation correcte des conditions et des distances de freinage est difficile à conquérir sur les illusions sécrétées par la puissance mécanique. D'où les contre-attaques réglementaires, limitations et contrôles de vitesse généralisés.

leurs garants écrits, confère aux pictogrammes un retentissement socio-juridique sans précédent : il leur incombe d'autant plus de se manifester comme porte-paroles du Droit, qu'une apparente autonomie de fait leur confère, précisément, une perméabilité accrue à l'appréhension commune des normes. C'est ainsi que les panneaux piétonniers, dans une société hantée par le "fléau" des accidents, sont au fond moins reçus comme une incitation à la prudence que comme la réprobation d'imprudences présumées habituelles. Dès lors, on comprend que le recours à des silhouettes stéréotypées rencontre et renforce à la fois un souci de rigueur juridique. La notion de sujet de Droit, et celle d'égalité civile qu'elle emporte, sont fondées, on le sait, sur l'abstraction délibérée des caractéristiques individuelles. Ainsi, paradoxalement, la "personne physique" prise au sens juridique ne sera-t-elle jamais plus fidèlement évoquée que par une dé-caractérisation du physique de la personne. Sur les panneaux qui nous occupent, le renoncement au pittoresque est un moyen radical pour attirer l'attention sur la portée générale de la règle qui garantit l'intégrité physique des piétons. C'est qu'il importe de ne pas encourager, fût-ce par la moindre suggestion pictographique, une tendance bien connue qui pousse l'automobiliste à assortir de restrictions interprétatives l'injonction des panneaux de danger. Trop aisément engagé, par la logique même de son élan motorisé, à méconnaître la fragilité des piétons, le conducteur se comporte en effet volontiers comme si le panneau était le rappel réaliste d'une cause d'accident éventuel, et non pas la signalisation topique d'un risque à cœfficient élevé de probabilité. Autrement dit, il prend l'initiative d'une vérification personnelle - et oublie en particulier de ralentir quand la présence piétonnière ne lui est pas immédiatement perceptible -, là où le signal routier est censé justement l'obliger à tenir compte d'un danger dont il ne saurait apprécier sur-le-champ la proximité menaçante. Dans cette perspective, des silhouettes humaines réduites à un état d'épure sont, indéniablement, de meilleurs auxiliaires pour la règle de Droit : elles consacrent la rupture avec un réalisme de surface - il ne s'agit en rien d'évaluer la scène paradigmatique du panneau à l'aune d'une scène de rue effective - au profit d'un réalisme de profondeur, fondé sur la connaissance des lieux et, souvent, sur les expériences de drames antérieurs. Cet aller et retour entre les leçons du vécu et leur transmutation en impératifs de principe est également typique de la formalisation juridique. Mais la complexité, dans ce cas précis, va encore plus loin, car le fait même qu'un panneau a été implanté ne peut qu'accentuer le potentiel cyndinique du lieu, et cela dans la mesure où il a toute chance de donner aux piétons une impression de sécurité supérieure. C'est dire que, la plupart du temps, cette catégorie de panneaux de danger cumule des fonctions de signal et d'indice.

Il reste que l'uniformisation est loin d'être un résultat exclusif de l'égalité juridique, parce que, face à une disproportion excessive des forces, le Droit a pour mission d'octroyer, en guise de compensation, ses faveurs aux plus démunis. Voilà probablement pourquoi la dé-caractérisation s'est imposée, au fil du temps, dans le graphisme des silhouettes, sans avoir jamais menacé de suppression la typologie piétonnière qui, dès l'origine, avait privilégié la protection des enfants et des ouvriers de voirie (73) - deux sortes d'usagers à pied fort différents mais particulièrement exposés à des risques qui les prennent au dépourvu, soit qu'ils ne les perçoivent pas, soit qu'ils soient empêchés, par d'autres tâches, de s'en préoccuper. Et de fait, l'évolution législative et jurisprudentielle en matière de responsabilité civile et délictuelle (74), de plus en plus sensible à la sauvegarde de la personne, ne pouvait

(73) Pour preuve a contrario, on rappelle que le seul pictogramme qui fut menacé de disparaître - et qui subit une éclipse entre 1954 et 1963 - est le panneau du piéton adulte traversant la chaussée - panneau dont on sait qu'il redouble une signalisation au sol.

(74) Voir, par exemple, R. Savatier : "Le dommage et la personne" (*Recueil Dalloz*, 15 janvier 1955, Chronique p. 5/10).

que favoriser la pérennité de tels panneaux. Le Code de la Route est ici relayé par les dispositions du Droit des assurances qui organisent la réparation des dommages corporels. La substitution progressive d'un critère du risque créé à celui de la faute, qu'une loi récente a porté à son point culminant, établirait, selon certains commentateurs (75), une classe de citoyens "superprivilégiés", au nombre desquels figurent les enfants, et une autre de "privilégiés" (76), ce qui rejetterait par contraste les conducteurs dans celle des "défavorisés" (77). Il n'est pas utile d'entrer dans les débats de théorie juridique ou d'économie politique qui ont accompagné ces nouvelles mesures. Mais on soulignera le retentissement psychosociologique qu'une connaissance approximative des règles et un grossissement de leurs effets n'a pas manqué d'avoir sur la perception des panneaux piétonniers, au moins de la part des automobilistes. Là où les commentateurs professionnels eux-mêmes parlent de superprivilèges, on conçoit que désormais, dans l'interprétation commune, les panneaux à silhouettes mettent moins en exergue un excès de vulnérabilité qu'un avantage exorbitant. Si le législateur a pris le parti de déséquilibrer au profit des non-conducteurs les garanties de l'indemnisation, c'est évidemment qu'en ce qui concerne les piétons, l'instinct de conservation est le plus sûr garant de la modération dans l'exercice des droits concédés. Lorsque le partage de la chaussée commence avec une épreuve de force - fût-elle limitée à l'intimidation - et se prolonge en procès pour la réparation, avec assauts d'accusations et reconstitution hasardeuse de "fautes", comment le conducteur serait-il incité à un respect scrupuleux des piétons ? Or la loi Badinter, dans son article 2, fait supporter au conducteur une responsabilité civile de plein droit. Penser - puisque telle en a été très vite la vulgate - que seront présumés les torts de l'automobiliste, s'il se trouve impliqué dans un accident corporel, peut provoquer chez lui, à la vue du panneau, un réflexe anticipateur de culpabilité, qui viendrait utilement renforcer le souci de prudence. Il est certain que de telles réactions sont plus aisément provoquées quand les pictogrammes ne se contentent pas d'attirer l'attention sur la figure générique du piéton, mais en pointent des catégories spécifiques : façon de rappeler, même à un conducteur vaguement informé, que celles-ci sont justiciables d'un cadrage juridique précis (garantie absolue des enfants, par exemple).

Reste qu'au vu des statistiques comptabilisant les piétons victimes de véhicules à moteur, on ne saurait conclure à une efficacité spectaculaire de cette épuration graphique, qui coïncide avec une juridicisation accrue de la circulation. Il semble même qu'à l'usage, ces bons schémas ne valent guère mieux que certains longs discours. Faut-il incriminer un "effet-marionnette", résultat du dépouillement stéréotypé, qui irait à l'encontre de la gravité suggérée ? Ou alors ces panneaux, destinés à préserver de la surprise, n'ont-ils pu sans dommage cesser de la créer ? Quoi qu'il en soit, l'inventivité s'est donné libre cours pour tenter de diversifier le stock réglementaire, et faire en sorte que la multiplication des signaux ne vînt pas compromettre, à force de monotonie, leur expressivité. Les municipalités ont, depuis peu, favorisé un bel essor de variations sur A 13 a - pictogramme qui, à ce jour, a quasiment monopolisé tous ces efforts de remotivation sécuritaire. On comprend aisément pourquoi : les accidents dont sont victimes les enfants

(75) Voir F. Chabas, *Le Droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*, Paris, Litec, 2e édition, 1988, 415 p.
(76) Chabas, op. cit., p. 160 : les victimes "superprivilégiées", indemnisées dans tous les cas, comprennent les personnes âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, et les infirmes ; quant aux "privilégiés", ce sont les victimes ordinaires de dommages corporels ou moraux auxquels on ne pourra que très difficilement opposer leur "faute inexcusable" (article 3 de la loi).
(77) Ibidem, p. 144 : "La loi accable le conducteur" (article 4 : "La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis").

représentent, pour la société motorisée, un échec si cruel, et leur réprobation rencontre un tel consensus émotif, que leur évocation dramatisée a les meilleures chances de produire, chez tous les conducteurs, une brusque intériorisation des vertus du signal. Aussi n'est-ce point tant ici la visibilité qui compte - sinon, les silhouettes-robots suffisaient à faire merveille - que les virtualités d'identification grâce auxquelles les enfants du panneau aviveront la sollicitude d'adultes qui sont le plus souvent eux-mêmes des parents. Stratégie sémiologique dont le résultat le plus clair est d'assurer aux détails pittoresques un puissant retour de faveur.

Au plus près du modèle réglementaire, un premier type d'aménagement consiste à "broder" sur le motif de base (78). Toutefois, l'écart délibéré par rapport à la signalisation de référence s'affiche non seulement dans le changement de format - le triangle d'A 13 a se trouve inscrit dans un carré, qui renvoie inopinément au dimorphisme des premiers "panneaux de prudence" et cet espace d'encadrement profite aux formules d'admonition - mais aussi dans la reproduction "en miroir" des personnages, qu'on voit aussi bien se déplacer de gauche à droite. C'est ainsi qu'aux abords d'un lycée un panneau qui proclame "Attention enfants, Ralentissez" laisse fuser, devant les deux silhouettes réglementaires, un ballon de football. Certes, il y a là du réalisme, car le sport, devenu partie intégrante de la scolarité, tend à se prolonger en jeu sur la chaussée ; mais non moins d'habileté persuasive : la consigne de prudence s'efforce d'annexer les connotations favorables qui auréolent un loisir très populaire. Le signal sollicite, face aux imprudences des jeunes, une réaction d'indulgence complice qui pourra faciliter à point nommé le sacrifice de la vitesse : au fond, c'est l'emblème d'un sport piétonnier qui vient contrecarrer la conduite "sportive".

Inversement, on fait parfois jouer le processus de la re-spécification dans le sens d'un retour à la figuration restreinte du contexte scolaire : l'élargissement progressif qui avait conduit à interpréter "Attention école" en "Présence d'enfants" n'est plus exclusif d'une objectivation institutionnelle précise. C'est ainsi par exemple que, depuis la rentrée scolaire 1991, la municipalité de Montpellier a mis en place, devant les établissements primaires, des panneaux rectangulaires à fond rouge vif, sur lesquels se détache, en blanc et de face, la silhouette très stylisée d'un enfant chargé d'un cartable. Une "bulle" le fait s'écrier : "Ralentis !...", cependant que le haut et le bas du panneau portent respectivement l'inscription "Attention" et "Sécurité école". Le couple chromatique rouge/blanc a probablement été choisi pour contribuer à déclencher, par homologie, l'effet "sens interdit" chez l'automobiliste, tout comme l'apostrophe-tutoiement l'incite à réagir en parent, ou du moins en adulte familier des enfants. Enfin, cette idée d'une "sécurité scolaire", qui vient calquer la séquence connue "sécurité routière", rend raison à la fois de l'intimidation et de la supplique, vis-à-vis d'une population qu'on n'a plus à convaincre de l'importance que revêtent, pour les adultes de demain, les déplacements vers l'école.

L'inscription interpellative complète et commente donc, presque systématiquement, ces graphismes d'un nouveau genre. Quand elle n'est pas censée émaner, sous forme plus ou moins péremptoire, des autorités compétentes, elle fait parler les enfants eux-mêmes. Et un troisième type de panneaux, qu'on trouve soit à l'entrée des agglomérations, soit à l'intérieur des lotissements, privilégie alternativement ces deux modalités de sollicitation. Ce sont des carrés ou des

(78) Signalons qu'on pourrait trouver quelques anticipations de ces décalages dans les panneaux officiels antérieurs aux années 60, qui admettaient, à y bien regarder, de légères variantes. Les manuels de Code allaient quelquefois plus loin, comme on voit au dessin fantaisiste inséré (p. 12) dans *Toto cycliste et Codo-lutin* (Paris, 1956) pour signifier : " Prudence ! Attention aux enfants qui peuvent sortir en courant comme une bande d'étourneaux". Une fillette - figurée de face - donne la main à un garçon - de profil - qui porte un cartable, et les deux enfants ont les yeux fixés l'un sur l'autre.

rectangles très colorés, qui affectionnent la disposition en lignes diagonales : elle rend plus sensibles des effets d'éparpillement piétonnier, de divagation hasardeuse sur la chaussée. Par exemple, deux figurines multicolores - pas moins de sept couleurs pour la fillette et le garçonnet - psalmodient : "Automobilistes, roulez tout doux" ou, mieux encore, "Pensez à nous, Roulez tout doux" ; avec ce recours à la rime, on combine l'efficacité d'un slogan et le charme d'une berceuse. Autre parti-pris, qui adoucit l'impératif en présumant, chez les adultes, une réaction de solidarité protectrice : "Respectez nos enfants", lit-on, près d'une silhouette, sur une image en rouge et blanc, mais sans qu'ait été oubliée une touche de bleu. Ou bien ce sont deux paires de silhouettes réglementaires, extraites de leurs triangles, et disposées en biais sur un panneau vert, blanc et rouge : l'inscription "Aidez-nous à les protéger", est assortie alors d'un symbole supplémentaire : le profil d'un pied qui pèse sur une pédale de frein (79).

Excepté quelque emprunt au graphisme sommaire des corps, on est déjà bien loin du dernier modèle d'A 13 a. On le sera plus encore avec un quatrième type de panneau, qui met l'accent figuratif sur la conjonction terrifiante de l'enfant et de la voiture. C'est ainsi que dans un rectangle qui marie le vert, le bleu foncé et le blanc, on voit un enfant - de profil, à gauche, en premier plan - s'élancer pour rattraper son ballon jusque sous les roues d'une automobile qui arrive de face. Le drame suggéré justifie le ton ému de la formule : "Aimez nos enfants. Roulez doucement. Merci". Sur ce panneau-épouvantail, l'enfant se trouve en jeu, au double sens du terme, et de manière encore plus saisissante que dans l'exemple du football ci-dessus évoqué. Variante : une campagne d'affiches, dans les rues de Paris, à la fin de janvier 1992, intitulée "Paris pour la sécurité" associait l'injonction sécuritaire et le recours au martèlement d'un slogan : "Une voiture, c'est solide. Un enfant, c'est fragile. Automobilistes, ralentissez quand vous voyez des enfants". Sur un autre panneau, qui combine le rouge, le noir et le blanc, et fait parler l'enfant lui-même - "Attention, ralentis" - le véhicule n'est pas figuré : mais le dessin de la fillette qui court après sa balle et occupe toute la route adopte manifestement l'angle de vue d'un conducteur : dans ce cas, c'est la chaussée, figurée en perspective comme à partir d'un pare-brise, qui aboutit à l'inscription d'un triangle dans un rectangle - invincible retour à la géométrie des panneaux de prudence. Quand elle est à son point culminant, la re-spécification réaliste dans le registre tragique peut aboutir enfin au panneau-mémorial, lequel impose le rappel d'un drame localisé mais jugé exemplaire. Ainsi, à l'entrée d'un village héraultais, Saint-Félix-de-Lodez, le dessin d'une autre fillette, heurtée par un engin viticole, est-il assorti de l'inscription : "Plus jamais ça, ralentissez". L'allusion était en tout cas assez virulente pour avoir suscité - sans doute de la part des conducteurs incriminés - un barbouillage du panneau qui empêche au premier coup d'œil l'identification de ce type de véhicule. L'étape suivante se trouve au-delà même du panneau : c'est la pancarte tombale, avec photographie, fleurs, poèmes et reproductions d'imprimés polémiques, comme on peut en voir un exemple sur la route qui longe le lycée hôtelier de Saint-Chély d'Apcher (Lozère), où la population demande sans succès la création d'un passage piétons souterrain : "Séverine est morte ici : rien à cirer ?"

(79) Le symbole n'est pas, en l'espèce, exempt d'ambiguïté, car on trouve aussi bien ce dessin pour évoquer, à l'inverse, une pédale d'accélérateur, comme sur un panneau disposé à l'entrée de Gannat (Allier). Une silhouette arc-boutée derrière la pédale s'efforce d'empêcher, en hurlant "non", qu'un pied énorme ne l'écrase. Cette composition - qui évoque le danger couru par tous piétons - est intéressante à d'autres points de vue : elle comporte une inscription rimée qui magnifie l'implantation locale par le moyen d'un jeu de mots : "Dans l'Allier, la prudence est votre alliée". En outre, elle inclut, dans un coin de l'image, le décompte des personnes tuées et des permis suspendus l'année précédente, et laisse en blanc le total pour l'année en cours : ce commentaire du mot-clé "prudence" fait appel tout ensemble à la peur des sanctions et à l'horreur de l'homicide.

Enfin, dans un cinquième type de panneau, le pittoresque à visée émouvante utilise au contraire l'évocation d'une paisible scène de la vie quotidienne. Inscrit une fois de plus dans un rectangle, un triangle offre le dessin quasi photographique - représentations de trois-quarts face, colorées et très réalistes - d'une fillette et d'un garçonnet qui bavardent en cheminant sur un bas-côté herbu. Au-dessus et au-dessous : "Ralentissez / Moins de vitesse, Vive la vie" - pas de rime, mais des paronomases. L'insouciance des enfants est figurée à la fois par leur attitude - ils n'ont d'yeux souriants que l'un pour l'autre - et par le fait que la tête de la fillette déborde du triangle. C'est probablement sur cette image que l'écart avec le couple stylisé d'A 13 a est le plus significatif. Autre exemple : un carré abrite les évolutions de cinq enfants, avec chien, ballon, et vélo ; pour la voiture que l'on voit sur le point de les rencontrer, le danger est traduit laconiquement par "École (ou bien une référence à la municipalité locale) / Je ralentis" - troisième modalité d'élocution, par conséquent : c'est ici l'automobiliste qui est présumé s'exhorter spontanément à la prudence. Dans ce cas, à la réserve près de l'inscription, on se rapproche notablement du signal européen destiné à faire respecter une "zone résidentielle" (80).

Ainsi, de l'authentique et dépouillé A 13 a, aux inscriptions seules affichées quelquefois à l'entrée d'une ville (81), en passant par les panneaux assortis de panonceaux réglementaires et par les dessins émancipés qu'agrémentent diverses mentions, l'éventail est largement ouvert, qui préserve d'une banalisation de fait les signaux consacrés à la protection des piétons. Ce raffinement signalétique est sans doute le résultat de multiples facteurs : mais au moins ne faut-il pas manquer de le mettre en rapport avec deux phénomènes marquants de la dernière décennie, qui présentent eux-mêmes une face proprement juridique. Le premier, c'est le parti-pris de la décentralisation : même si, en matière de circulation routière, les pouvoirs de police avaient toujours laissé aux maires une assez vaste marge de manœuvre, compétences et capacités financières accrues n'ont pas peu contribué à favoriser l'initiative et l'investissement des communes, des départements, voire des régions, dans une gamme de panneaux inédits : c'était l'occasion d'exprimer la spécificité locale dans un secteur auquel nul administré ne saurait rester insensible. Le deuxième phénomène, c'est la redécouverte des fonctions conviviales de la rue, qui pousse les responsables à organiser le partage de cet espace, au lieu de s'obstiner dans la ségrégation piétons/voitures qui avait distingué les années 70. D'où la faveur accordée aux éléments d'animation et de confort, à un format plus réduit d'images publicitaires, et surtout à leur présentation dans des structures qui les ont libérées du placage mural (82) - d'où finalement, par effet de proximité, une incidence non négligeable sur les signaux de danger qui sont majoritairement implantés en milieu urbain. D'évidence, les panneaux émancipés empruntent aux affiches publicitaires non seulement les détails en gros plan et la polychromie, mais aussi le cadre rectangulaire, quelquefois le format, et quasiment toujours l'association slogan/image. Du reste, si l'on se réfère à la définition adoptée par la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et aux préenseignes, "toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou attirer son attention" ne constitue-t-elle pas une publicité (83) ? Il est curieux de voir se manifester, à travers la nouvelle esthétique de ces panneaux, non seulement un retour d'apparentement aux

(80) Voir ci-dessus, note 61.
(81) Ainsi, en guise d'A 13 a : "Ensemble, protégeons nos enfants. La Municipalité", d'A 13 b, "Respectez les piétons", et même, au bord d'une autoroute, pour préparer à la présence d'AK 5 : "Derrière les panneaux, les hommes".
(82) Voir A. Moles, *L'affiche dans la société urbaine*, Paris, Dunod, 1969, 154 p., et surtout M. Carmona, *Le mobilier urbain*, Que Sais-je ? n° 2173, Paris, P.U.F., 1985, 128 p.
(83) Voir *L'affichage, l'environnement et le Droit*, sous la dir. de J.-Y. Vincent, Paris, Économica, 1986.

signaux d'indication, dont ils firent partie avant leur intégration aux signaux de danger, mais encore, en dépit des règlements qui ont imposé la dissociation de la publicité et de la signalisation (84), une fidélité impénitente à leur complicité originelle. Comme si, après avoir longtemps servi de support promotionnel aux mécènes de l'automobile (85), les signaux assuraient désormais la publicité des actions menées par les collectivités locales en faveur de la sécurité routière (86).

Le chemin est long, qui a conduit la voiture sans chevaux de l'élitisme sportif à la banalisation utilitaire, mais, par de multiples voies de traverse, il semble que les panneaux routiers aient invinciblement partie liée avec ce qu'on appelait la "réclame" (87). Dans le cas des panneaux à silhouettes, à tout le moins, l'emprunt au pittoresque publicitaire s'avère un excellent conducteur du message de Droit, soit parce qu'il exhausse la charge émotionnelle du fait - de la sorte, la consigne ne

(84) L'Ordonnance du 3 décembre 1928, émanant du Préfet de Police de Paris, portait déjà "interdiction d'adopter, pour les dispositifs de publicité, la forme et la couleur réservées aux appareils officiels de signalisation concernant la circulation" ; après modification de la signalisation parisienne, l'Arrêté du 28 juillet 1930, dans son article 4, confirma la mesure. De même, dans l'opuscule (C. 671. M. 321.1933.VIII) de la Société des Nations (p. 8) on lit : "les parties contractantes interdiront que soient placés sur la voie publique des panneaux ou inscriptions quelconques qui pourraient prêter à confusion avec les signaux réglementaires ou rendre leur lecture plus difficile". La protection n'a pas varié, et actuellement (article 2 de la loi du 18 avril 1955, repris par le décret du 11 février 1976, et loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979) sont toujours prohibées le long de la voie publique les enseignes publicitaires de nature à permettre par "leur forme, leurs couleurs, leur texte, leurs symboles, leurs dimensions ou leur emplacement" une confusion avec les panneaux réglementaires. Ainsi donc, le mimétisme est interdit dans un sens, mais non pas dans l'autre, ce qui permet aux signaux officiels de mettre à contribution le registre publicitaire.

(85) "En 1920, le Touring Club de France a offert à l'Administration de lui fournir gratuitement tous les signaux ainsi que les poteaux-supports nécessaires à la réalisation du programme de signalisation des routes qui fait l'objet de la circulaire ministérielle du 9 août 1919. Cette offre a été agréée par M. le Ministre des Travaux Publics, d'accord avec M. le Ministre des Finances (Circ. Trav. Publ. 15 mars 1920, série B, n° 26). Le prix des signaux est payé par les donateurs dont le nom est inscrit sur les panneaux, ainsi que les mots "Touring-Club de France"." (A. Blaisot, *Commentaire juridique et pratique du Code de la Route*, Paris, Rousseau et Cie, 1925, 214 p. ; annexe III, p. 181/182). Le droit d'implanter les signaux routiers n'a jamais appartenu qu'aux administrations nationales, départementales ou communales chargées des services de la voirie : "les signaux offerts gratuitement à ces administrations doivent être conformes au type réglementaire et la mention du donateur ne doit pas dépasser le 1/8e de la surface totale du signal" (J. Blanchard, *Code de la Route*, Paris, Degrives, 1937, 112 p. ; p. 76). La chose ne change qu'avec l'Instruction interministérielle (déjà citée) de 1946 : "L'Administration décide de ne plus accepter de dons ; toute inscription de nom d'un donateur se trouvera ainsi éliminée sur les panneaux établis au titre de la signalisation des Routes nationales" (article 14). Encore l'article 17 précise-t-il que si l'État renonce aux dons, cela n'engage ni les départements ni les communes.

(86) Ce type de réalisations est mis régulièrement en valeur, on le sait, au moment des campagnes électorales. La re-spécification réaliste - ou ludique - dont ces panneaux font l'objet n'est probablement pas sans rapport avec la personnalisation qui affecte, au niveau local, la vie politique. Confirmations récentes et exemplaires de cette capillarité nouvelle entre signes routiers et communication de l'action des élus : les affiches diffusées, à l'automne 1991, par le Conseil régional de la Région Centre, afin de valoriser les investissements consentis pour les équipements routiers et la construction de lycées. Trois signaux furent réinterprétés, avec les écarts nécessaires de formes et de couleurs : A 13 a (forme ronde, listel bleu marine, silhouettes de deux jeunes gens), AK 5 (triangle mais listel bleu marine, ouvrier de face, avec sa pelle en travers des épaules, sur fond de village et d'oiseau en vol) et B 3 (transformé d'ailleurs, significativement, en panneau à silhouettes : dans le cercle à listel bleu marine, deux voitures se croisent, comme on le voit aux feux jaunes de l'une, rouges de l'autre, et les deux automobilistes se saluent d'un grand coup de chapeau). Ou encore, une réalisation du Conseil municipal des jeunes, à Chartres, en avril 1992 : la version dédramatisée du panneau A 13 b grâce à un clin d'oeil "fabulistique" ; dans le triangle bordé de rouge, un lièvre-automobiliste, arrêté devant les bandes blanches, laisse traverser une tortue-piéton ; le dessin est vivement colorié, et un panonceau porte la morale : "Chacun son tour". L'implantation de ces panneaux a fait l'objet d'un article dans la presse municipale ("Le lièvre et la tortue en panneaux de signalisation routière" in *Notre ville, Chartres Magazine*, n° 142, septembre 1992, p. 56). Très active en ce domaine, la Ville de Chartres s'était déjà vu décerner une médaille d'or de la Prévention routière.

(87) Les effets de proximité, d'ailleurs, ne se limitent pas aux supports fixes : qu'on songe à l'arrière des cars, où voisinent souvent placard publicitaire et plaque "Transport d'enfants" - référencée TE 250 ou TE 400 suivant la taille - qui reproduit exactement, mais sur un rectangle jaune réflectorisé, les deux silhouettes d'A 13 a.

culpabilise pas, elle mobilise autour de quelques grandes évidences (88) - soit parce qu'en thématisant l'idéal d'une relation euphorique à l'espace, ce type d'images profite, aux yeux du public, de ses affinités avec les affiches et les spots innombrables qui promeuvent une "qualité de vie" associée aux "choses simples" ou à ce "temps où l'on avait le temps". Bref, les panneaux émancipés mettent la passion pour l'image au service d'une perception rénovée de la norme routière : à un public que la consommation consume, il n'est pas impensable de faire admettre que l'art de vivre, lui aussi, vit de contraintes.

1.2. Révérence (dés)oblige

Quand les panneaux réglementaires se mettent à jouer, de plus en plus assidûment, la carte de la séduction publicitaire, ils ne font après tout qu'instaurer, sur la voie des emprunts graphiques et symboliques, une circulation à double sens, là où déjà était expérimenté un sens unique. La familiarité du public avec la signalisation routière, ce corpus juridique qui est presque le seul à être constamment et consciemment appréhendé par tous, n'a pas manqué d'être exploitée, depuis la généralisation de l'automobilisme et une omniprésence subséquente des panneaux, par deux corporations qui sont intéressées à une mobilisation rapide des affects collectifs : les commerçants, les journalistes. Rien comme les campagnes de publicité, sinon justement les campagnes de presse, ne sollicite aussi volontiers la charge d'imaginaire contenue dans ces signaux banals et, à considérer un pareil hit-parade médiatique, les panneaux à silhouettes - auxquels nous avons borné notre propos - s'imposent sans grand mal au rang des favoris. En dépit de la protection rigoureuse accordée au graphisme officiel (89), il est clair qu'une allusion expresse confiée à une image s'effectue sans danger excessif de sortir de la légalité, c'est-à-dire, au bout du compte, de la diffusion recherchée, et ne requiert pas qu'on s'applique à laisser transparaître, comme dans le cas de simili-panneaux en trois dimensions (90), quelques traits d'irrécusable inauthenticité. Mais, suivant le registre adopté et les réactions qu'on espère susciter dans le public, la reproduction donnera dans un mimétisme rusé, ou au contraire l'écart expressionniste entre un signal connu et sa re-création sera approfondi. Le premier parti-pris est largement au principe des images de publicité commerciale, tandis que le deuxième s'affirmera plutôt avec les dessins journalistiques à visées polémiques. Voilà donc deux versants qu'il convient

(88) Outre les exemples fournis plus haut, on rappellera cette affiche de la Sécurité routière qui concernait aussi les piétons, puisqu'elle présentait la limitation de la vitesse à 50 km/h pour les véhicules en agglomération (automne 1991). Un slogan "La vie est fragile, ne la brisez pas", était illustré par un oeuf traité en tête humaine : le graphisme jouait sur les formes circulaires (le panneau officiel, le chiffre 50, la coquille) et, grâce à l'oeuf porteur du germe de vie, invitait au respect ému pour la partie "capitale" de la personne, qui est en même temps la plus exposée, fût-elle protégée par un casque. On n'en est pas encore, en Europe et en France, à cette radicalisation tragique du signal qui vient de faire son apparition en Australie : pour inciter les automobilistes à la prudence, le gouvernement n'a pas hésité à exposer les voitures accidentées sur d'immenses panneaux d'affichage. Exemple de légende : "She never knew what hit her. She was fast asleep. Stop. Revive. Survive". Etrange avatar moderne de l'épouvantail, que les journalistes, en toute simplicité d'humour noir, ont rapporté aux us et coutumes médiatiques : "La pub de la semaine. Recyclage choc", titrait-on dans *Elle* (semaine du 24 février 1992).

(89) Voir ci-dessus, note 84. L'aspect du panneau, sa signification, sont donc tout autant protégés que son existence matérielle et son intégrité. On sait, en effet, que l'appropriation de l'objet-panneau authentique, élément du domaine public, ne peut se faire que par le vol. C'est une manifestation de fétichisme contestataire assez répandue chez les étudiants en veine de chahut, et qui a même fait l'objet d'allusions cinématographiques : ainsi peut-on se convaincre, grâce au film *Les diplômés du dernier rang* (Christian Gion, 1982) que, parmi les panneaux à silhouettes, AK 5 est particulièrement apprécié des jeunes gens pour intimer le respect de travaux rien moins qu'orthodoxes.

(90) Comme on en voit fleurir dans les vitrines des papeteries ou des magasins de prêt-à-porter au moment de la rentrée scolaire : par leurs dimensions et leur graphisme, ils s'appliquent à éviter tout risque de confusion avec les panneaux officiels.

d'explorer, mais sans oublier qu'ils procèdent d'une arête commune : l'ambition de mettre d'abord à profit les connotations attachées aux panneaux authentiques. Elles peuvent se résumer en un mot, le "sérieux", qui autorise deux flexions interprétatives : "sécurité", ou, moins obligeamment, "gravité".

1.2.1. Promotions signalées

La première force du Droit tient dans son aptitude à créer la confiance. Le commerce le sait, qui s'accommode à merveille, entre autres indéfectibles alliés, du droit de la consommation. Les dispositions particulières qui s'appliquent à contrebalancer les triomphants mirages de la publicité, et dont l'essor, au cours du dernier quart de siècle, ont fait elles-mêmes l'objet d'une médiatisation insistante, n'ont sans doute pas peu concouru à certaines apothéoses de nos signaux routiers : convaincus de l'atout psychologique qu'offrent des connotations légalistes, les publicitaires font à l'occasion le pari qu'un signe juridique, habilement parasité, constituera, aux yeux du client potentiel, un appeau des plus efficaces. La juxtaposition d'images facilite des corrélations illusoires : il est donc profitable de renverser un processus qui s'est concrétisé, par exemple, dans les labels de qualité, en incitant à présumer d'une excellence par la seule contiguïté d'un produit et d'un marqueur de juridicité. Dans une telle perspective, l'usage des signaux routiers s'avère pertinent à plus d'un titre : identifiables au premier coup d'œil, parce qu'ils font désormais partie intégrante de la culture juridique la plus banale, et que leur symbolisme est d'une extrême concision, ces panneaux ont un fondement commun, et ressassent un seul et même souci, celui de la sécurité. Au surplus, les dessins de silhouettes sont propices à des kyrielles de variations publicitaires, d'autant plus percutantes qu'elles restent strictement encadrées par la forme géométrique de référence. Mais les détails ne sont pas superflus, qui permettront de mieux appréhender quelques modalités de cette révérence intéressée.

Un premier procédé - rarissime, car il joue avec la difficulté maximale - consiste à afficher une reproduction exacte de ces panneaux routiers. Pour qu'une telle "citation" porte ses fruits, il faut, assurément, que la thématique s'y prête : mais comment vendre plus astucieusement un produit qui soumet, en général, son acheteur au Code de la route, qu'en procédant à une annexion retorse des signaux garants de sécurité ? C'est sur cette base audacieuse que le constructeur Volkswagen entreprend de "lancer", en 1991, sa berline "Passat". Sur l'image, la vedette n'est pas, pour une fois, à la voiture, mais bien à huit panneaux, très sagement rangés, et dont l'homogénéité saute d'abord aux yeux : six d'entre eux sont en effet des signaux de danger (A 4, A 20, A 24, A2 a, A 13 a et A 14) ; quant aux deux signaux d'indication qui les complètent (CE 2 a et C 2), ils n'évoquent qu'urgences ou dommages graves. Très vite, toutefois, deux évidences s'imposent : non seulement le publicitaire n'a pas entrepris d'infliger aux automobilistes un rappel de consignes, mais il ne se bornera pas à évoquer les risques de la route pour vanter les équipements sécuritaires du véhicule (91). Si l'image affecte le simplisme, c'est pour mieux jouer, en deux étapes, du contraste avec un commentaire des plus élaborés. Le slogan, pour commencer, mise tout sur la provocation : "C'est fou le nombre de panneaux publicitaires qui vous conseillent d'acheter une Passat" (92). Ainsi la

(91) Pour un autre modèle, le même constructeur n'avait axé la publicité que sur ce thème : un bras dans le plâtre arborait en gros plan les graffiti d'usage, au-dessus du slogan : "Voici le genre de pétition qui a influencé la conception de la nouvelle Golf". Le commentaire s'achevait sur une citation du proverbe allemand "un automobiliste, c'est un piéton derrière un volant".

(92) Il est piquant de signaler que le ressort de la plaisanterie avait déjà été exploité par Franquin, en 1957, dans un album des Aventures de Spirou et Fantasio intitulé *Vacances sans Histoires*, et qu'il y

référence juridique paraît-elle d'emblée confisquée, mais, grâce au jeu de mots, s'ancre à un niveau plus profond. Car la feinte candeur qui préside à l'identification erronée des panneaux ne réussit pas mal à mettre en évidence, au principe de ces deux stratégies iconographiques, une assise commune indéniable : le rapport au public. Le succès d'un produit comme le respect d'une loi ne vivent en effet que de leur diffusion auprès du plus grand nombre. Et c'est bien la "publicité" indispensable au Droit routier qui a justifié l'existence des techniques de signalisation. Dès lors, on s'inquiétera peu de savoir si une pareille formule confère une séduction inédite au signe juridique, ou une légitimation inespérée à l'argument de vente : c'est l'intrication même des effets qui est gage de réussite. Un deuxième niveau de complicité avec l'automobiliste-lecteur se fait jour dans un court récit au fil duquel est esquissée l'étonnante rêverie sur panneaux d'un piéton solitaire. Les associations d'idées ont un double avantage : elles permettent de procéder à la rhapsodie des signaux épars et de prendre insidieusement le promeneur en flagrant désir de Passat. La subversion calculée du message réglementaire apparaît ici à travers trois différents partis-pris. En premier lieu, quatre panneaux - à savoir seulement la moitié de l'ensemble - font l'objet d'un renvoi explicite dans le texte (dans l'ordre A 4, A 24, A 13 a et A 2 a), ce qui oblige à voir d'un autre œil l'alignement iconographique proposé. La structure en est si peu aléatoire qu'il se distribue, en fait, selon quatre groupes de deux signaux superposés, sans préjudice d'une répartition harmonieuse des triangles et des carrés. L'un des panneaux, dans chacun des groupes, est donc conçu comme un simple contrepoint de l'autre, et pour la pleine compréhension de ces couples le recours au commentaire linéaire s'impose. Un deuxième procédé, en effet, consiste à glisser dans le texte des interprétations libres des symboles routiers. Ainsi le panneau "chaussée glissante", fort logiquement redoublé par celui du "dos d'âne" (groupe 1) sert-il à évoquer les performances de la voiture en matière de "tenue de route". De son côté, le signal "débouché sur un quai ou une berge" rend hommage aux ressources qui intéressent la visibilité à grand renfort de considérations ironiques : le panneau A 14 vient congrûment les souligner de son grand point d'exclamation (groupe 3). Le pictogramme qui mentionne un "endroit fréquenté par des enfants" intervient de façon beaucoup plus détournée, par le biais d'une allusion à la berline "familiale", synonyme de quiète sécurité - d'où le symbole complémentaire du "poste d'appel téléphonique d'urgence" (groupe 2). La charge sémantique d'A 13 a est donc à la fois diluée dans la notion de famille et détournée, puisqu'il ne s'agit plus pour les enfants d'une situation piétonnière. Enfin, le panneau "vent latéral" permet de suggérer que le système de freinage dispensera de tout séjour en "Hôpital" (groupe 4). Quoique ces pictogrammes soient conventionnellement surchargés de connotations dramatiques, le texte en effet - c'est le troisième et dernier procédé - ne consacre aucune place à ce registre, et privilégie, fût-ce à faux sens délibéré, une euphorisation systématique. Aux dépens de la peur, est célébré l'"avoir envie", qui justifie un luxe de notations sensuelles : la voiture n'est associée - l'automobiliste auquel on s'adresse est explicitement du sexe masculin - qu'à la galanterie, aux raffinements culinaires, à la flânerie confortable, à une nature radieuse. De sorte que c'est la joie de vivre qui, au bout du sophisme, fait à l'engin de mort la meilleure réclame - "c'est fou quand même de voir où va se nicher la publicité". Quant aux panneaux routiers, fort compromis dans cette excursion onirique, ils sont finalement travestis en un type d'affiches qui prône l'évasion : les publicités diffusées par les agences de voyages. De ce fait, toutes leurs vertus sécuritaires profitent, par transfert

servait à stigmatiser un fou du volant, daltonien de surcroît, l'émir Ibn-Mah-Zoud : fonçant sur divers panneaux de danger avec panonceaux "route déviée", "route détruite", le roi du pétrole s'indignait en effet de voir placées "des pancartes publicitaires en plein milieu de la route" !

connotatif, aux ressources de la mécanique ; si on invite le lecteur à transformer les injonctions réglementaires de prudence en supports pour autant de douces rêveries, c'est pour mieux célébrer la nouvelle alliance du Code et de l'auto. Le sérieux dans la construction de l'une dispenserait de prendre l'autre au sérieux, un garant vaudrait l'autre, et il n'en faut pas plus pour que le tour publicitaire soit joué.

Un second procédé, qui ouvre sur un champ d'application plus étendu, consiste à retravailler quelque peu le signal, de sorte que la référence immédiate à la route et à l'automobile soit élaguée au profit du sémantisme fondamental de la sécurité. Dans l'image choisie par Cerberus Guinard pour vanter ses systèmes de protection contre l'incendie et le vol, le slogan est à cet égard parfaitement explicite. À lui seul il justifie la présentation des quatre panneaux routiers, en insistant sur la dimension anticipatrice inhérente à la signalisation routière, et tout particulièrement aux panneaux de danger. Alors que l'exemple précédent, loin de négliger cet aspect, jouait avec brio d'un contraste entre la finition du produit, dans lequel rien n'aurait été laissé au hasard - "Pourquoi tout n'a pas été conçu comme la Passat ?" - et l'imprévisibilité des comportements de plaisir et de désir - "On ne sait jamais ce qui peut déclencher un achat" -, c'est le premier point seul qui fonde ici l'argument de vente. Pas de surprise dans la répartition des panneaux : deux pour l'incendie, aux deux extrémités supérieures de l'image, et deux pour le vol, regroupés un cran plus bas, mais on notera, à côté des panneaux dont le pictogramme évoque, si peu que ce soit, un signal réglementaire (flamme, comme dans C 3, symbole d'explosion, comme dans B 18 a, ou enfin être humain, comme dans la triade qui nous occupe), l'originalité de celui qui n'en conserve plus que le cadre (image d'une clé). Ainsi la récupération graphique des panneaux de danger est-elle assez graduée pour ne pas compromettre la lisibilité. Quant à l'unique panneau à silhouette, il semble bien qu'il réalise une variation peu banale, à mi-chemin d'AK 5 et d'A 13 b. Sur fond d'urbanité nocturne, car l'obscurité exacerbe les craintes d'accident et de crime, la figurine est redessinée de manière à suggérer l'attitude furtive et avide d'un "passant" bien particulier, d'un cambrioleur au "travail" - dos arrondi, bras en avant - et, malgré la sobriété du trait, on n'a pas négligé de le coiffer d'une casquette. Enfin, la composition générale de ces signaux inauthentiques n'est pas sans évoquer celle des premiers panneaux de prudence - triangle inscrit dans un carré : cela résulte du fait qu'on a voulu systématiquement symboliser, en même temps que les maux prévisibles, les différents remèdes proposés par le fabricant. Or le meilleur moyen de mettre ces engins en évidence est de les faire empiéter sur la base du triangle, tout en les isolant du fond, et le carré vient à point pour cerner cet ensemble. C'est ainsi qu'un détecteur de présence est disposé comme antidote au danger de cambriolage. Toutefois, si le dessin renchérit en complexité sur le signal de référence, il ne cherche qu'à réussir la transposition de l'esprit qui inspire le Code routier, comme en témoigne sobrement le commentaire : "La **protection** contre l'incendie et le vol est **vitale** pour le développement de vos activités". Au total, l'emblème de la marque, qui est la triple tête de Cerbère, se trouve fort habilement redéployé, par la grâce de ces triangles au seuil desquels montent la garde des instruments de détection.

Lorsque le panneau à silhouettes, au lieu d'être englobé dans une séquence de signaux, se trouve seul au centre de l'image publicitaire, il est traité, conformément à des procédés analogues, en images qui font la part plus belle tantôt à la reproduction, tantôt à l'interprétation. Bâtie presque sur le même principe que la publicité sélectionnée chez Volkswagen, une affiche de l'automne 1991, qui visait à faire accourir les chalands dans les magasins Leclerc, arborait un immense "triangle aux deux écoliers" assorti de cette légende : "Rentrée des classes, prix de camaraderie". Mais si les contours sont effectivement calqués sur ceux qui caractérisent le signal entre 1954 et 1977 - nous avons appelé cette étape la deuxième

génération des panneaux à silhouettes -, un indice d'annexion non équivoque se manifeste dans le choix des couleurs, car l'identité chromatique de la marque Leclerc, composée de l'orange et du bleu, se substitue aux teintes réglementaires et, du coup, communique au panneau tout entier la vertu glorificatrice d'un logo. Ce n'est pas non plus sans de fortes raisons qu'on a préféré au panneau actuel un dessin qui fait figure d'archaïsme : outre qu'il se prête à une acception purement scolaire du signal - enfants chargés de cartables -, il est en consonance avec la pratique obsolète que mentionne le jeu de mots du slogan : ces distributions de prix, qui, de fait, n'ont pas survécu aux années 60. Le calembour affecte un renversement des époques - les prix, même s'il y en avait eu pour couronner précisément les qualités de bonne camaraderie, n'auraient jamais pu, par définition, être décernés aux enfants à la rentrée - afin qu'on ne risque pas de manquer le double sens tout commercial : soucieux de rassurer les parents qui appréhendent les frais de fournitures scolaires, Leclerc leur annonce des prix d'ami, tout en se décernant la palme du bon marché. Ainsi, cette reproduction fidèle d'A 13 a engage-t-elle plus sérieusement l'aspect documentaire - silhouettes d'écoliers - que l'aspect cyndinique du panneau officiel - comme le montre bien, aussi, l'élimination délibérée du listel rouge. En effet, le "danger, école" qu'il est censé signaler serait à prendre, tout au plus, dans un sens à la fois euphémisé et dévié : "attention, dépenses" - risque de coûts, non de blessures. En revanche, on peut présumer que ce signe juridique banal, une fois "regriffé" Leclerc, avait l'avantage de conférer aux produits qu'il vantait une aura de légitimation indirecte, en réactivant aussitôt dans l'esprit du public les nombreux démêlés judiciaires dans lesquels cette marque a été partie prenante, et dont elle a su se servir pour se présenter comme un infatigable champion des droits du consommateur. Critique sourcilleux des dispositions légales en matière de commerce et de concurrence (93), le distributeur n'a pas négligé cette occasion de rentabiliser, au moyen du graphisme, quelques probabilités d'amalgame.

Pour illustrer enfin le parti-pris d'une réinterprétation mono-pictogrammatique, qui, cette fois, serait plutôt comparable au montage inventé chez Cerberus Guinard, on s'arrêtera quelque peu sur le symbole de l'AP-MAIF, association de prévention créée en 1980 au sein de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France et reconnue, en 1984, par le Ministère de l'Éducation nationale (94). Un personnage enfantin, représenté de face et dans un style qui évoque les bandes dessinées, enjambe d'un pas décidé le triangle rouge, dont il jaillit comme d'un encadrement de porte. Le sigle de la MAIF - triangle à fond rouge, sur lequel se détachent en blanc les quatre lettres - a servi de base au dessin, mais la présence humaine impose le rapprochement avec les panneaux à silhouettes. Cependant, l'analogie n'est pas moins délibérément cultivée avec les personnages créés de toutes pièces par les publicitaires, et dont certains ont si bien personnifié les produits qu'ils ne font plus qu'un avec eux. Quoiqu'il ne s'agisse plus ici de publicité strictement commerciale, une logique promotionnelle comparable est à l'œuvre dans le secteur qu'on nomme "économie

(93) On vient d'en avoir encore récemment un exemple, avec un texte signé Édouard et Michel-Édouard Leclerc et publié - comme une publicité pleine page - dans *Le Monde* du 8 mai 1992, p. 9 ; il s'intitule : "Projet de loi sur les délais de paiement : que cherche-t-on ?". Ou encore, dans *Le Monde* des 17-18 mai 1992, sous la signature d'E. Leclerc, p. 5 : "Devinez pour qui vous prennent les pétroliers et les constructeurs automobiles quand ils vous disent de n'utiliser qu'une seule marque d'essence ?".

(94) Conformément à la circulaire n° 83-086 du 15 février 1983, relative à la coopération des mouvements pédagogiques et des associations de spécialistes avec le Ministère de l'Éducation nationale. Cet agrément a fait l'objet d'une décision publiée au bulletin officiel de ce ministère (B.O.E.N. n° 38 du 25 octobre 1984). L'AP-MAIF se consacre au développement, en milieu scolaire, d'actions de prévention qui concernent tous les accidents auxquels sont exposés les enfants : sur la route, au premier chef, mais également à la maison, et pendant les activités de loisir. Ces préoccupations éducatives variées se traduisent notamment par la diffusion d'outils pédagogiques (plaquettes, bandes dessinées, cassettes audio-visuelles).

sociale" : elle fait tirer le meilleur parti de ces thèmes que les signaux routiers ont rendus familiers au public. En l'espèce, le panneau semble avoir été remanié pour combiner les connotations "classiques" d'A 13 a - signalement anticipé des dangers qui pèsent sur les déplacements des jeunes - et le message spécifique d'A 13 b, comme le montre la variante qui déroule, de part et d'autre du triangle et sous les pieds du petit personnage, le schéma d'un passage piétons. Ainsi l'émergence de l'enfant, soulignée par le listel rouge, recommande-t-elle aussi bien une démarche qui se conforme ostensiblement aux règles de sécurité. D'ailleurs, quand on se reporte aux publications réalisées sous l'égide de l'association, on constate que le petit bonhomme du triangle joue un rôle essentiel : espèce d'ange gardien laïcisé, il s'appelle Prudou, et il est censé "mettre les enfants en garde contre le danger" (95). Par l'effet d'un retournement euphorique, la silhouette que le panneau routier pointait comme victime potentielle s'est muée en allégorie de la prudence : profession de foi graphique dans les ressources de l'instruction, et proclamation d'une complicité des plus bénéfiques entre légalisme et lumières. C'est que le caractère désintéressé de l'entreprise éducative est propre à conférer sa compacité maximale au paradigme du comportement routier : pour les piétons tout autant que pour les conducteurs, il vaut décidément comme ordalie civique.

Au total, le parasitage publicitaire des panneaux à silhouettes est fondée sur une perception éminemment positive du signal réglementaire, elle-même autorisée par le sémantisme fondamental qu'il concrétise, à savoir le préavis de prudence. Qu'il soit revendiqué pour garantir la qualité d'un produit ou recommandé comme apprentissage comportemental, qu'il donne lieu à des effets rhétoriques et graphiques plus ou moins raffinés, c'est le sentiment de sécurité, induit de l'allusion au Droit bienveillamment avertisseur, qui est censé agir comme un "Consommateur, ouvre-toi". Mais c'est tout différent quand le clin d'œil aux pictogrammes réglementaires tend à se durcir en grimace, autrement dit quand les médias imprimés, en veine de polémique, jettent sur le marbre des silhouettes défigurées.

1.2.2. Polémographismes

Lorsque Robert Doisneau, quelques années après Boubat (96), fixe sur la pellicule, en 1956, "les écoliers de la rue Damesne", il fait non seulement entrer à son tour le plus familier des panneaux à silhouettes, qui vient juste d'être redessiné, dans le plus populaire des arts graphiques, mais encore il éclaire indirectement, grâce au spectacle capturé, un maître-effet qui sous-tend les dramatisations pictographiques. Au premier plan de la photographie, un écolier atteint, avec jubilation, le sommet du support tubulaire que surmonte un A13 a. Tandis que ses camarades admirent l'exploit, l'enfant turbulent se fige, un instant, sous l'image fixe qui est censée, précisément, le protéger des conséquences de ses impétuosités ordinaires. Mais cette immobilisation recèle une ambivalence féconde : l'écolier monte-t-il chahuter son paradigme, ou va-t-il décrocher, de ce mât de Cocagne, l'image de sagesse ? Car l'impression est saisissante qu'on assiste plutôt à une incarnation inopinée du pictogramme. Cet effet - qu'on pourrait appeler "rose pourpre du Caire", puisque Woody Allen en a fait la matière de tout un scénario (97) - est au principe d'extrapolations comiques dont les panneaux de danger ou d'interdiction font volontiers les frais, chez les illustrateurs et chez les créateurs de

(95) Voir, par exemple, *J'apprends la rue, J'apprends la maison* , Paris, Nathan, 1990, 25 p.
(96) Voir ci-dessus, la note 41, in fine.
(97) *Broadway Danny Rose*, 1984.

bandes dessinées (98). Mais il se trouve radicalisé par les dessinateurs de la presse écrite, soucieux d'explorer "à chaud" - en se fondant sur l'autre base sémantique de la signalisation concernée, celle de risque grave - les fixations anxieuses que suscite la préservation des personnes. Plus que bien d'autres objets-signes cyndiniques - il est rare en effet que la représentation des dégâts possibles y atteigne une telle expressivité -, les panneaux à silhouettes invitent, en effet, à l'aggiornamento conjoncturel. Quelques dessins, publiés au cours des trois dernières années, sont ainsi devenus quasi emblématiques de "problèmes de société".

Rien de bien étonnant, dira-t-on, si les polémiques engendrées par l'existence même de l'automobile font prospérer les illustrations qui s'inspirent de divers pictogrammes routiers. Mais la chose est trop loin d'être systématique pour ne pas témoigner, quand elle a lieu, d'une volonté spécifique : celle de centrer sur des thèmes de Droit le compte-rendu d'une controverse. On insistera donc d'emblée sur la nécessité de dissiper un malentendu référentiel. Que les aspects proprement juridiques soient jugés, à un titre ou à un autre, essentiels pour comprendre ou tenter de résoudre une question grave, et les signaux routiers auront chance de s'imposer, quelque lointain que soit le rapport thématique avec l'univers des voitures, simplement parce qu'ils sont des signes juridiques familiers, et qu'ils suffisent à connoter, pour le grand nombre, la référence à un encadrement normatif. Emprunter leurs contours évocateurs revient souvent à parer au plus pressé d'une vulgarisation juridique impromptue. Car c'est moins la connotation de "route", que celle de "signal juridique" qui est mise à profit quand les dessinateurs choisissent d'exporter les signaux routiers. Aussi, fondamentalement, le succès bien particulier des panneaux à silhouettes est-il assuré par leur aptitude - toute géométrique - à délimiter autour des personnages un espace aussitôt identifié comme relevant d'un ordonnancement avec lequel on ne badine pas, bref, à faire office de "templum" juridique. Et même quand le Droit routier semble commander l'illustration, le recours à un signal réglementaire peut être la manifestation paradoxale d'un désir d'en finir avec l'automobile : ce sera le premier exemple (99) qui nous arrêtera.

Au beau milieu d'un article intitulé : "Maîtriser l'automobile en centre-ville. Face à l'envahissement des centres urbains par les voitures particulières, les élus hésitent à choisir des solutions radicales", le dessinateur a brossé un tableau de rue cauchemardesque, une enfilade de croisements qui est un cimetière de voitures enchevêtrées. La dépression de la chaussée par rapport aux trottoirs est fortement exagérée, pour rendre plus expressif l'entassement des véhicules et l'effarement des rares piétons, qui ont été forcés de déserter leur véhicule. Au premier plan, un rat et un chien s'enfuient vers la droite, de part et d'autre d'un panneau à silhouettes redessiné, figurant un adulte qui entraîne à grands pas un enfant loin de cet amas de carrosseries. Indice de monstruosité : dans la représentation de ce sauve-qui-peut général, les deux représentants de la faune urbaine sont d'aussi grande taille que les habitants.

---

(98) En voici trois exemples, sans quitter la lisière du Droit routier. Dubout, illustrant en 1959, pour l'éditeur Gonon, le *Code de la Route*, imagine (p. 22) de substituer aux panneaux d'intersection visés par l'article 27 un panneau à silhouette, qu'il juge plus à même de faire marquer un temps d'arrêt aux conducteurs : c'est une femme nue qui s'exhibe à l'intérieur d'un triangle jaune inscrit dans un cercle bleu. Dans *La saga des gaffes*, Franquin lance aux trousses de Gaston Lagaffe, éternel contrevenant, le gardien de la paix Longtarin, et symbolise le sujet de préoccupation quasi obsessionnel du fonctionnaire - il ne cesse de craindre de mauvais tours en guise de représailles - en faisant figurer au-dessus de sa tête, dans un cercle rouge, la silhouette d'un Gaston diabolique. Enfin, au détour d'une image et d'une aventure de Spirou et de Fantasio, dans un autre album, intitulé *Le voyageur du Mésozoïque* (1959) Franquin n'a pas résisté à l'envie épigrammatique de redessiner un panneau AK 5 : dans l'angle droit du triangle jaune dûment bordé de rouge, la pelle est plantée dans le tas, tandis qu'en face, à gauche, l'ouvrier, assis sur le sol et confortablement appuyé contre le listel, est en train de ronfler.

(99) *Le Monde*, 29-30 septembre 1991, p. 13. Dessin de Nicolas Vial.

Sur la gauche, un autre panneau conforte l'orientation centrifuge de l'image : c'est un B1 (sens interdit), qui n'est pas placé sans une intention symbolique à l'entrée de la seule rue où sont figurées, face à face, une enseigne de bureau de tabac et une devanture d'épicerie. Voilà donc un dessin qui illustre avec d'autant plus de pertinence les motivations spécifiques qui ont conduit à l'invention d'un panneau original, mixte d'A 13 a et de A 13 b, qu'on y trouve le double contrepoint de silhouettes "hors-triangle", et d'un panneau reproduit avec une exactitude parfaite. Par rapport à ce B1 devenu dérisoire, la représentation pseudo réglementaire des deux personnages permet non seulement de remettre en mémoire un point fondamental - les répercussions de l'automobilisme urbain sur la vie des habitants, qui sont tour à tour conducteurs et piétons - mais encore de suggérer un retournement paradoxal du dynamisme : en présence de machines irrémédiablement immobilisées, la modeste enjambée humaine regagne en efficacité. Par rapport aux autres silhouettes, l'inscription dans un espace ostensiblement juridique comporte au moins trois avantages. En premier lieu, elle fait aussitôt déboucher une constatation - les piétons, au bout du compte, sont exclus de la cité par la prolifération des voitures - sur une dénonciation de carences manifestes : incapables de faire un bon usage des pouvoirs réglementaires qui leur sont dévolus, les élus locaux ont permis que se développe une perversion caractérisée du droit routier, au terme de laquelle l'objet-signe protecteur des piétons se trouve bafoué et, au lieu de favoriser leur insertion dans le flux circulatoire, symbolise leur exode forcé ; d'où, sur le néo-panneau, le déplacement des personnages vers la droite, alors que le trajet réglementaire s'effectue vers la gauche (100). En deuxième lieu, une distance est prise avec le Code de la route, qui est montré ici comme générateur de conflits juridiques, pour avoir mis aux prises des revendications contradictoires, quoiqu'aujourd'hui également fondées en droit : libre circulation, qualité de la vie ; d'où la représentation d'un adulte soucieux de soustraire un enfant à un environnement délétère. Enfin, le procédé n'est pas trop mal venu qui revient à stigmatiser, "juridico signo", des comportements inciviques : c'est l'égoïsme imprévoyant, appuyé sur l'arrogance de l'argent, qui est rendu responsable d'une prolifération injustifiée des voitures particulières en centre-ville ; d'où une notable différence d'aspect entre les autres personnages du dessin - messieurs fort cossus, avec chapeaux, pardessus, grosses serviettes au bout du bras - et les silhouettes dépouillées du néo-panneau, habilement modelées sur le tracé "dé-sociologisé" du dernier graphisme officiel. Ainsi, le recours réfléchi à un signal routier a-t-il permis de fédérer de façon fulgurante les thèmes essentiels d'un article qui, bien loin de se confiner dans le contexte juridique du droit routier, montre la nécessité urgente d'assurer l'harmonisation juridique du Code de la route avec le droit, plus neuf, de l'environnement. Rien n'était plus indiqué qu'un panneau à silhouettes pour transposer graphiquement le jeu métaphorique sur ces cœurs de villes menacés de syncopes. Et les postures inusitées des figurines signalent opportunément que la connivence étymologique entre mobilité et mobilisation trouve aussi des applications de Droit public.

La valeur extensive de l'"effet-signalisation" est aisément vérifiable lorsque la citation des panneaux à silhouettes se fait, sans la moindre ambiguïté, hors contexte routier : ce sera donc le point commun des exemples qui suivent. Un type de néo-

(100) À titre de comparaison, et pour apprécier la distance qui sépare, en matière de juridicisation symbolique, les illustrateurs d'hier et ceux d'aujourd'hui, on se reportera par exemple aux dessins de Pecquériaux, in *Circulez ! texte officiel du Code de la route, illustré de cinquante dessins humoristiques*, Paris, Denoël et Steele, 1930 : pour caricaturer les articles 8 et 55 du Code de la Route, on trouvait les piétons soit coupés en morceaux par le passage d'une voiture, soit éperdument cramponnés aux arbres avant son arrivée. Le jeu graphique avec les panneaux routiers - encore fort peu répandus - était quasi inexistant, et ne pouvait, a fortiori, servir de support à des effets élaborés d'interpellation sociojuridique.

panneau assez proche de celui qui vient d'être décrit, à mi-chemin des deux A 13 réglementaires, associe également l'image d'un adulte à celle d'un enfant. Mais cette fois, le dessinateur a conçu le pictogramme au service d'un symbolisme bien différent (101) : il s'agissait en effet d'illustrer le compte-rendu d'un magazine télévisé qui tentait d'informer les enfants sur les protections légales qu'ils peuvent invoquer en cas de viol, inceste, mauvais traitements ou incitation à la drogue. Un adulte, dont la taille est formidablement grossie par rapport à celle d'une minuscule écolière, engage une poursuite sur la nature de laquelle le panonceau "Danger" n'a pas besoin d'être plus explicite. Quand la protection attendue, et ordinaire, se mue en agression, l'intervention du législateur prend le relais : l'utilisation du panneau est en parfaite harmonie avec les finalités d'une entreprise audio-visuelle qui s'est mise au service de la vulgarisation juridique. Inscrire dans le fameux triangle routier la scène de violence, c'est rappeler sans ménagements - et sans qu'il soit besoin d'entrer dans les polémiques déclenchées par un emploi peu rigoureux de la formule "droits de l'enfant" (102) - qu'elle est qualifiée et sanctionnée en Droit pénal. De même, c'est conférer au cartable que tient la fillette, trait de vérisme sociologique, toutes ses harmoniques de juridicité : les trajets scolaires donnent, il est vrai, des facilités redoutables pour aborder les enfants seuls, mais l'école est également un des lieux où se révèlent le mieux les dysfonctionnements graves de la famille - or les émissions télévisées abordaient aussi bien ces sujets tabous - et où l'initiative des professionnels de l'assistance sociale s'avère, à l'occasion, déterminante. Si les tâches d'information cindynique sont confiées de plus en plus largement à l'institution scolaire, c'est, du reste, qu'on a pu prendre la mesure de ce pouvoir régulateur. Au bout du compte, l'apprentissage précoce du Code de la Route favorise des prolongements didactiques insoupçonnés.

Dans un autre dessin, le premier plan est réservé à un pictogramme renouvelé du seul A 13 b (103). La spéculation boursière est une course dans laquelle les "petits épargnants" isolés ne partent pas sans un lourd handicap : aussi la prudence conseille-t-elle de s'inscrire, pour s'y livrer, dans un club d'investissement. Afin d'ajouter encore à la vigueur de l'argumentation, l'illustrateur fait monter les marches du Palais Brongnard à un investisseur lambda ; devant lui, et comme en contrepoint du fronton triangulaire, un panneau de danger abrite un piéton non réglementaire, qui présente, de manière à la fois archaïsante et caricaturale, les signes extérieurs de l'importance financière : gros cigare, embonpoint, habit et haut de forme. L'homme qui s'apprête à entrer dans la Bourse tourne le dos à ce graphisme-avertisseur : son imprudence, sans nul doute, lui coûtera fort cher. Mais on lui fait savoir qu'il ne dépendrait que de lui d'utiliser à son avantage des structures associatives admises et même favorisées par le Droit fiscal - grâce à quoi plusieurs "petits" vaudront à leur tour autant que le "gros" redoutable. En raison de l'ambiguïté inhérente aux signaux de danger, la référence juridique est une fois de plus utilisée à double fin : elle offre, en même temps que la dénonciation d'un mal, l'épiphanie de son remède.

Enfin, les exemples sont innombrables de pictogrammes recréés sur le modèle d'A 13 a - lequel, en dépit de la définition réglementaire, continue à être compris préférentiellement comme la désignation d'enfants en route vers l'école. Mais ce signifié "restreint" par la coutume a inspiré une extrême diversité de dessins

(101) *Le Monde*, Supplément Radio-Télévision, 1er-2 octobre 1989, p. 29. Sous l'intitulé "Le droit des enfants". Dessin de Brito.
(102) Voir, dans *Esprit*, mars-avril 1992, l'article d'Irène Théry : "Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ?" (p. 5/30), qui dénonce, à ce propos, le développement d'un "pseudo-juridisme psycho-social".
(103) *Le Chasseur français*, janvier 1992, p. 86, rubrique "Votre argent" : "Le club d'investissement. Un bon moyen pour vous initier facilement aux mécanismes boursiers". Dessin de Fontégal.

polémiques : on se bornera ici à en détailler quelque peu une demi-douzaine. L'acception large de "système scolaire", d'"organisation des études", est à la base des dramatisations qui prennent comme cibles la "baisse du niveau", l'"échec scolaire", les impasses résultant des réformes multipliées. Par exemple, sur la couverture d'un livre conçu comme l'historique d'un constat de faillite (104), les deux écoliers s'échappent si vivement du panneau que tout le coin droit du triangle et une bonne partie du premier personnage sont restés en dehors de la page, ainsi que la dernière lettre du panonceau "Danger École". La raison de cette fuite panique se trouve dans le coin supérieur du panneau, étoilé d'un impact de balle, et la façade de l'immeuble, à l'arrière-plan, dégouline de sang. Également en page de couverture, un magazine (105) a choisi de montrer un panneau complètement tordu, qui laisse couler sur la chaussée les deux silhouettes. Elles se cramponnent vaillamment au listel rouge, malgré leur pesant attirail de cartables, et le titre-commentaire affiche un relatif optimisme. Enfin, des variantes s'acharnent à désolenniser le signal aux deux extrémités d'un album satirique (106) : en première page de couverture, la fillette seule est dans le triangle, mais elle a déposé son cartable et, les bras tendus, vient en aide au petit garçon qui, son cartable sur le dos, se donne beaucoup de mal pour grimper jusqu'au panneau - le clin d'œil à la photo de Doisneau est plus que probable (107) ; en dernière page, les deux écoliers, de face, se donnent la main, et chacun tient aussi son cartable ; cette fois, c'est d'une gerbe de panneaux environnants que provient le sarcasme, car la plupart des symboles et inscriptions - "attention carrière", "voie de garage", "sans issue", "sens interdit" - ont été cyniquement choisis pour contraster avec l'image d'enfants sages.

On ne saurait trop insister sur le fait que, dans tous ces dessins, le recours au panneau routier n'est pas un raccourci commode pour évoquer uniquement le contexte pédagogique : sa teneur juridique fait partie intégrante de l'effet recherché, quand il s'agit d'illustrer des débats qui mettent expressément en cause l'édifice administratif de l'Éducation nationale, soit en critiquant les textes législatifs et réglementaires appliqués dans les dernières décennies, soit en proposant des ripostes institutionnelles aux défis que lance l'organisation d'un enseignement de masse, soit en éclairant le public sur certains dédales des règles en vigueur. Il n'est que de comparer avec les caricatures dont les crises du système éducatif ont été antérieurement accompagnées pour constater à quel point le style polémographique s'est ressenti de ce "retour du Droit" qui a marqué en France les années 80. Cela confine à l'évidence quand on voit dans quelle autre acception s'est trouvé inopinément spécialisé, au cours de l'année 1989, le même panneau à silhouettes : celle, on ne peut plus constitutionnellement connotée, de la "laïcité". Partie d'un collège de la banlieue parisienne, l'"affaire des foulards islamiques" accumulait comme à plaisir les causes de litiges : port d'insignes religieux à l'école laïque, attributs exclusivement féminins dans des classes mixtes, revendications identitaires de populations immigrées mal à l'aise et mal acceptées, soumission enfin à une religion d'État implantée en pays étrangers, dans un contexte de relations internationales passablement difficile. Soumise, pour finir, à l'avis du Conseil d'État (108), la joute éducative, idéologique, politique, donna lieu, pendant plusieurs mois,

(104) Philippe Nemo, *Pourquoi ont-ils tué Jules Ferry ?* Grasset, 1991.
(105) *Le Nouvel Observateur*, 19-25 septembre 1991, "École : des idées pour sauver vos enfants". Dessin de Sebçuk.
(106) Roger Brunel, *Attention École !* Glénat, 1992.
(107) Cette photo faisait aussi, peu de temps auparavant, la couverture d'un ouvrage : G. Langouet et A. Léger *Public ou privé ? Trajectoires et réussites scolaires*, éd. Publidix, 1991.
(108) L'Avis du Conseil d'État, daté du 27 novembre 1989, fut prolongé par la circulaire Jospin du 12 décembre 1989. Pour un bilan récent de la situation, voir *Le Monde de l'Éducation*, n° 193, mai 1992 : "Foulards à l'école : trois ans après" (p. 22/25).

à une médiatisation juridique étonnamment fournie : de la grande loi de 1905, qui fonde l'option typiquement française de la Séparation des Églises et de l'État, au rôle des juridictions administratives, en passant par les directives des rectorats et les règlements intérieurs des établissements scolaires, plusieurs niveaux de juridicité furent évoqués et commentés pêle-mêle. Multipliées par la même occasion, des vignettes complaisamment alarmistes ne contribuèrent pas peu à radicaliser l'expression d'un désarroi général. Ainsi, placé tout au début de l'"affaire" en première page de couverture, un dessin (109) joue-t-il sur l'équivalence formelle du triangle d'A 13 a et d'une voile marine pour montrer la nef scolaire en imminence de naufrage, assaillie par de terribles rouleaux ; le graphisme officiel du panneau de la dernière génération est exactement reproduit, à cela près que les deux silhouettes sont montrées de face, et les bras levés en S.O.S. Toutefois, la figuration de la catastrophe n'a rien de bien précis ; l'institution scolaire risque manifestement de sombrer, mais le dessin ne permet nullement de comprendre à quoi se rapporte au juste la métaphore marine. En revanche, une deuxième illustration (110), produite au moment culminant de la polémique, serre de plus près les détails-symboles : le panneau réglementaire apparaît à moitié caché par un voile, de sorte que la silhouette de gauche, complètement dissimulée, semble entraîner l'autre sous ce drapé, décoré du Croissant. L'insigne religieux est ici violemment dénoncé comme un éteignoir de Droit : souveraineté nationale et Droits de l'Homme sont confondus dans une même référence à ce Code routier qui implique et universalise en même temps les lois de la République française. Un autre dessinateur (111) avait enfin choisi de transformer, plus paisiblement, le panneau A 13 a en portemanteau de vestibule ; au sommet, dans leur triangle, les deux personnages sont crayonnés de face, et, plus bas, accrochés aux patères, à l'instar des manteaux et chapeaux, pendent les insignes évocateurs des trois religions les plus pratiquées en France : chapelet, étoile de David et tchador. Le panneau à silhouettes, expression de la loi, semble préposé à la garde des emblèmes de foi. Voilà un plaidoyer graphique sans équivoque en faveur de l'école laïque, vue comme le creuset d'une identité proprement nationale ; abandonner à l'entrée de l'enceinte scolaire, et à égalité de discrétion, les signes ostentatoires de croyances antagonistes, c'est en garantir la cohabitation pacifique. Parce qu'au lieu de dénoncer un "vide juridique", ce dessin clame qu'il faut s'en tenir aux principes qui inspiraient, en 1905, le législateur de la Séparation, il est de loin le plus statique : ni le cadre ni les silhouettes réglementaires n'y sont mises à mal ; au contraire, l'objet-signe de Droit y fait figure de meuble utile.

Au total, la plupart des polémographismes fondent leur efficacité sur un télescopage sémantique : les deux composantes "danger" et "signe juridique" finissent ainsi par servir à l'évocation du Droit en danger. Les silhouettes s'agitent ou souffrent, cherchent à s'enfuir ou luttent pour rester dans le cadre réglementaire, mais, chaque fois, leurs contorsions témoignent d'un grave malaise juridique. Qu'il s'agisse d'inciter à l'élaboration d'un Droit nouveau, plus respectueux de tel ou tel droit subjectif, ou de stigmatiser les comportements destructeurs de règles juridiques qu'on juge salutaires, ces dessins visent surtout à inquiéter, en suggérant qu'il y a des assises normatives sur lesquelles la société se repose comme sur un volcan. On est bien là aux antipodes des publicités commerciales qui, pour minimiser aux yeux des consommateurs le risque de l'achat, placent le produit dans l'écrin protecteur d'un signe juridique. Mais la cœxistence de ces deux options expressionnistes ne représente-elle pas, au bout du compte, l'aboutissement, aux confins du Droit, d'une

(109) *Le Point*, n° 859, 6-12 mars 1989 : "France : le choc islamique. Parents d'élèves, réveillez-vous !". Dessin de Jegou.
(110) *L'Événement du Jeudi*, 26 octobre-1er novembre 1989, p. 12. Sans signature.
(111) *Révolution*, n° 505, 3 novembre 1989 : "Le voile de Jospin" ; dessin de Jean-Denis Philippe.

hésitation originelle - dont l'iconographie routière a conservé l'histoire - sur le statut de ces panneaux ? Accent mis sur les précautions à prendre - ce sont les "signaux de prudence" et, dans cette logique interpellative, les parasitages promotionnels ; insistance au contraire sur la catastrophe imminente - ce sont les "signaux de danger" et, dans leur prolongement symbolique, les dramatisations graphiques. Double veine qui affleure pareillement dans les panneaux émancipés, partagés, on l'a vu, entre le désir d'attendrir sur la vie et celui d'horrifier sur la chair percutée. Mieux encore : bivalence réactualisée, jusque dans la nomenclature officielle de base, par le tandem de panneaux qui signalent un "passage piétons" (112). Sans doute les panneaux à silhouettes doivent-ils pour partie leur succès médiatique à cette ambiguïté qui les rend aussi propres à exalter la paix du Code qu'à signifier, au besoin, la guerre aux comportements illégaux : en somme, dans la symbolique routière, ils ont le même office qu'un temple de Janus.

CONCLUSION

À l'instar des composés chimiques, les signaux juridiques offrent donc une plus ou moins grande stabilité sémiologique : quoiqu'ils soient tous conçus pour délivrer, sous une forme intangible, un message monolithique, certains condensent dans leur graphisme une irréductible polysémie, qui leur permet de s'annexer même des territoires fort étrangers au Droit routier. C'est ainsi que les panneaux à silhouettes, dont nous avons suivi l'histoire et la fortune, offrent une palette de configurations qui permettent de compléter l'analyse de la sémiôsis juridique, et notamment d'en réenvisager une manifestation essentielle, que nous avons déjà décrite en termes de signet (113).

Le signe juridique, lui aussi, a horreur des sauts. Pour qu'un signal constitué en tant que tel fasse preuve d'exubérance sémique, il faut, sans paradoxe, qu'il se révèle d'une constitution fragile - c'est son incapacité relative à être un simpliste et solide signal qui lui donne ses vertus expansives. Or, sans revenir sur les développements qui leur ont été consacrés, on rappellera que les panneaux à silhouettes, dès leur création, recelaient, dans leur morphologie et leurs couleurs, les indices d'une attraction signettique largement confirmée par la suite de leur histoire. Si bien que l'incontestable pérennité de ces signaux utiles n'a eu d'égale que la fréquence de leurs mues graphiques. On insistera sur les variantes, parfois assez considérables, qui étaient tolérées même dans le dessin réglementaire des silhouettes, et qu'il est encore loisible de constater *de visu* pour les panneaux de la seconde génération. On fera remarquer enfin que le panneau A 13 a, qui a donné lieu aux plus fécondes dérives, est aussi celui dont, au fil du temps, on a élargi le contenu

(112) Voir ci-dessus, note 59.

(113) Pour la présentation de ce concept, ses rapports avec le signal, et leur commune appartenance à la sphère du "signe juridique", voir notre étude "Auto-signaux, la norme baladeuse : avertisseurs optico-acoustiques et plaques d'immatriculation" in *Revue de la Recherche juridique*, 1992-1, p. 177/256, et spécialement la section 1.2.2. Rappelons ici que le signal juridique a été défini comme officiellement réglementé, rigoureusement fixé dans sa forme, et asservi à des finalités juridiques étroitement circonscrites, tandis que le signet, non moins réglementaire, et non moins strictement asservi dans sa conception de principe, présente une marge de flexibilité formelle et fonctionnelle - rendue nécessaire pour des raisons techniques et pratiques - qui ne peut pas ne pas légitimer d'avance quelque distension de ces finalités. C'est pourquoi des signets comme les avertisseurs optico-acoustiques favorisent éminemment les manipulations sociurgiques du signe juridique, flexions libres qui ne sont pas officiellement prévues, dont l'inauthenticité formelle est plus ou moins ostensible, et qui se glissent au service de finalités juridiques extensives. On se gardera d'en déduire que l'existence d'un signet - et donc l'exploitation d'une flexibilité "autorisée" - est un préalable indispensable à l'expansion sociurgique d'un signal juridique : l'exemple des panneaux à silhouettes montre précisément que, dans certaines conditions, ectopies signettique et sociurgique peuvent surgir concurremment en aval d'un signet pressenti, et jamais consacré (voir infra).

sémantique. Tant d'irrépressibles fluctuations d'aspect révèlent déjà, au cœur d'un signal, la palpitation latente du signet. Quand, de plus, la marge d'appréciation laissée au destinataire fait partie intégrante du signal - et c'est bien le cas, lorsque le conducteur est invité à moduler sa vitesse en fonction du danger -, on a toutes chances de le voir pénétrer dans cette sphère de flexibilité contrôlée qui caractérise plutôt le signet. À ce compte, et en dépit du fait qu'ils n'ont pas pu aller jusqu'au bout de l'évolution - car ils n'ont pas obtenu égalité de statut réglementaire avec les autres panneaux de signalisation -, ces panneaux que nous avons dits "émancipés" offrent l'exemple original d'une amorce de création signettique effectuée à partir d'un signal ressenti comme insuffisant. Ces infra-signets sont mis en place par les services techniques de la Ville, avec l'accord des maires, qui ont fait le pari d'une re-création formelle - délibérément orientée vers l'élasticité - pour conférer à la consigne une efficacité plus grande. S'ils ne possèdent pas la valeur réglementaire des panneaux cotés A 13 a et b, qu'ils se contentent encore de "doubler", ils mobilisent des ressources d'émotion et d'humour dont les signaux originels ont été volontairement dépouillés. Précieux, par conséquent, pour déceler un continuum sémique entre certains signaux et le pôle des signets - autrement dit le processus de signettisation -, les panneaux à silhouettes ne sont pas moins révélateurs de déviations qui emportent cette fois le signe juridique dans une sphère que nous appellerons, après D. Bougnoux (*La communication par la bande*, Paris, La Découverte, 1991, 277 p.) "sociurgique", pour mettre en évidence le fait qu'alors le contexte juridique originel est non seulement bousculé, mais encore métamorphosé par référence à des régions toutes différentes du Droit parcourues de puissants effets socio-moteurs. La propension que manifestent les panneaux à silhouettes à légitimer, par le biais de figurations quelque peu sollicitées, des finalités juridiques fort distendues, est illustrée par les deux sortes de parasitages, publicitaire et polémique, dont nous avons montré l'impact sociologique. Leur inauthenticité formelle est flagrante, mais, si cette sémiôsis débridée les distingue radicalement du signal, elle ne les vide pas, on l'a vu, de toute préoccupation juridique. Au contraire, la distance n'est souvent prise avec le Droit routier que pour mieux susciter, par d'autres biais et sur d'autres sujets "sensibles", une méditation empreinte de juridicité : il est bien clair, du reste, qu'avec ces panneaux parasités, on ne se trouve pas dans l'illégalité mais bien dans l'imprévu de l'a-légalité. Au total, si les deux phénomènes analysés - signettisation et sociurgisation - vont de pair, c'est qu'ils trouvent pareillement leur source dans le puissant rayonnement connotatif qu'émettent les représentations graphiques de l'être humain, symboles bien trop riches pour être cantonnés dans l'équivalence fruste du signal.

Sur les traces d'un triptyque de figurines entrées en signalisation, c'est donc l'embranchement de deux voies sémiojuridiques qui se dessine clairement : l'une mène au signet, même si, en l'espèce, la force de résistance du signal existant bloque - encore ? - la signettisation, l'autre à une diffusion sociurgique du signal, qui, dans le cas des panneaux étudiés, comporte elle-même deux axes. Mais, que le Droit routier tende à s'annexer la force persuasive de l'imagerie publicitaire, ou qu'il prête à d'autres partis-pris iconographiques les prestiges d'une normativité familière, invariablement, la silhouette s'élance dans le vif du sujet.

2. LES DRAPEAUX DE L'URGENCE : CARROSSERIES EN TROIS COULEURS

Si l'on n'a en vue que l'inépuisable production fantasmatique qu'a suscitée l'automobilisme, en termes positifs, depuis son apparition, la voiture ouvre toute grande la porte sur "la vie en beau". Quand il y a des éclats de verre, c'est sans doute qu'un "mauvais vitrier" (114) tenait le volant. Et comment accéder à l'embellissement cinétique de l'existence sans adjoindre, à la vitesse, au confort, aux lumières, les atouts d'un chromatisme fignolé ? Le parking néerlandais et pluvieux sur lequel se referme *Trafic* (115) s'apparente quelque peu à un vitrail moderne, mais déplombé, et propice à toutes les combinaisons du hasard. Le téléscopage optique des couleurs laquées a définitivement kaléidoscopé tout ce qui touche au déplacement, au voyage, à la route. La vie est devenue belle comme une aile sans rayures. Mais cette virginité n'a qu'un temps et, de plus, fort réduit. Chocs et usures bientôt ramènent à l'évidence : seul l'entretien méticuleux et surtout le jaillissement continu du neuf compensent les effets de l'usage. La vie ne reste belle que constamment renouvelée.

À y regarder de plus près, on remarquera que certaines couleurs occupent une place à part dans cet infini nuancier en perpétuel mouvement, et ce sont justement celles qui se trouvent comme préposées au traitement des frictions, à l'affût des mauvais vitriers, de leurs méfaits, de leurs dégâts. Pour surveiller, barrer, intervenir, évacuer, éteindre, transférer, interviennent des véhicules bleus, blancs et rouges qui, sans avoir le monopole du rouge, ou du blanc, ou du bleu, ont parfois celui de la longueur d'onde spectrale considérée, et sont de toute manière cantonnés dans un chromatisme sans fantaisie. Alors, la vie ne reste belle que bien gardée, bien soignée. Aussi les couleurs de l'urgence témoignent-elles de l'assomption publique d'un gardiennage et d'un sauvetage qui les situent au cœur de la cinétique embellie et embellissante. Elles sont les data dominants d'une chromato-cinétique qui n'échappe à personne, et à laquelle personne n'échappe.

2.1. Normo-chromie

Le Droit voit-il en couleur ? Le Droit voit-il les couleurs ? À la première question, toute une tradition répond par la négative. Si l'on concède au Droit que lui seul peut veiller à la constitution et à la reconstitution des armatures sociales, délivrant ainsi, à ceux qui la savent lire, une irremplaçable algèbre des constructions collectives, c'est aussitôt pour lui dénier toute appréhension du chatoyant, du pulpeux, du sensible enfin, qui échapperait à une technique - et à une pensée de cette technique - dont on n'apprécie la solidité que pour en dénoncer aussitôt les limites. Autrement dit, le Droit serait sec. Centré sur le dessin, les tensions, les tracés, les limites, les contours et les frontières, il transposerait plutôt le monde en noir et blanc. À cette métaphore, le juriste n'a rien à opposer, car, au vrai, la question ne le concerne même pas : elle est trop typique des dehors du Droit, et contourne son objet sans l'atteindre ; si l'on ne parle pas du Droit dans le Droit, depuis le Droit, on parle d'autre chose et en d'autres lieux - quoi de plus simple ? Quoique connectée à la précédente, la seconde question présente un tout autre caractère : que sont les couleurs pour le Droit, ou dans quelle mesure a-t-il à connaître des longueurs d'onde telles que le technicien les code ? Car le Droit est partout, la couleur aussi, sans que cela emporte un croisement universel et nécessaire. Et cependant, le paysage

(114) Baudelaire, *Le Spleen de Paris*, IX.
(115) Jacques Tati, 1971.

juridiquement déroulé n'est pas sans évoquer, en plus d'une occasion, tels plans de *Jour de Fête* (116) où, dans le noir et blanc, surgissent, très strictement limitées à leurs vecteurs utiles, les couleurs nationales.

Or, si la couleur fait partie intégrante de plus d'un signe juridique (117), s'il est même constant qu'en Droit routier formes, couleurs, inscriptions, sons et lueurs soient invités à se répondre (118), le statut et l'importance de cet élément chromatique ne sont pas pour autant commodes à régler. Et si, justement, un objet connu du Droit routier était, par ailleurs, non seulement reconnu par son chromatisme, mais apprécié pour ce chromatisme particulier, au point que la perception qu'on en a soit généralement orientée par un caractère dont le Droit fait, à la lettre, bon marché ? Et si ledit objet finissait par être appréhendé en tant que signe juridique non moins par ce qui constitue son identité sur le papier, sa désignation de procès-verbal, que par sa familiarité ?

2.1.1. Impératifs-couleurs

Le phénomène de coloration, aussi évident que la lumière qui le fait exister ou que l'air qu'on respire, occupe, dans les seuils perceptifs, une place prépondérante : est-ce à dire qu'il contraigne le Droit à parler couleur pour parler plus clair ? Il serait difficile de le contester quand la couleur porte une information essentielle à la réalisation même du Droit tel qu'il est indexé par l'objet-signe, lorsqu'une situation d'urgence ne donne guère le loisir d'un déchiffrage, et que le tandem de l'interdit ou de l'autorisé est strictement cœxtensif à celui du danger et de l'innocuité. Parce qu'il est aussi grand pourvoyeur que grand consommateur de techniques sécuritaires, le Droit routier s'est montré, de ce fait, l'un des plus réceptifs à une transposition normée des percepts (119). Mais la signalétique avait tôt découvert, pour les besoins d'autres contraintes de visualisation circulatoire - nées de la navigation ou du rail -, l'efficacité injonctive de certaines séquences colorées, et les équivalences qu'elles sont à même d'instaurer avec une mise en suspens ou au contraire une détente de l'élan propulsif. Bref, la vertu stimulatrice d'un paramètre chromatique convenablement inséré dans tel ou tel dispositif de sémio-juridicité.

---

(116) Jacques Tati, 1949.

(117) Par exemple, en dehors de la signalisation routière, les uniformes : voir J.-P. Gridel *Le Signe et le Droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, 339 p. ; p. 137/205 et 257/264.

(118) Pour la combinaison des formes et des couleurs, que l'on pense aux panneaux (voir ci-dessus, la première partie du présent article) ; pour celle des couleurs et des inscriptions, aux plaques d'immatriculation (voir la deuxième partie d'"Auto-signaux, la norme baladeuse", article cité, ci-dessus, à la note 113) ; pour celle enfin des sons, des lueurs, des couleurs et des inscriptions, à ces avertisseurs "spéciaux" (klaxons et gyrophares) montés sur certaines catégories de véhicules (ibidem, première partie).

(119) La mention des couleurs est expresse dans l'article R. 73 du Code de la Route : "Les vitres du pare-brise doivent en outre avoir une transparence suffisante, ne provoquer aucune déformation notable des objets vus par transparence, ni aucune modification notable de leurs couleurs". L'histoire de ce texte mérite quelque attention : si le champ de visibilité fait l'objet d'une prescription dès qu'est réglementée la spécificité automobile - "Rien ne masquera la vue du conducteur vers l'avant" (décret du 10 mars 1899, article 4, devenu l'article 22 du décret du 27 mai 1921 : "Le véhicule doit être disposé de manière que la vue du conducteur soit bien dégagée vers l'avant") -, il faut attendre le décret du 19 janvier 1933 pour que l'article 22 exige la pose d'un rétroviseur, et celui du 18 décembre 1937 pour qu'il précise la nécessité d'un "essuie-glace automatique, présentant une surface d'action suffisante pour que le conducteur puisse, de son siège, voir distinctement la route". Le décret du 10 juillet 1954 entre dans un exposé minutieux d'exigences supplémentaires : "Les vitres du pare-brise doivent, en outre, ne provoquer aucune déformation des objets vus par transparence" et "les substances transparentes pour pare-brise sont soumises à homologation" (article 73, devenu R. 73 le 15 décembre 1958). Le détail des "couleurs", introduit dans cet article par le décret du 5 février 1969, reflète donc un stade d'élaboration avancé, et témoigne d'incompatibilités possibles entre certaines avancées technologiques (comme la fabrication de pare-brises teintés) et la généralisation des conventions signalétiques (il importe que le critère de la couleur, déterminant pour interpréter la signalisation, ne puisse donner lieu à quelque confusion).

L'automobile, relativement tard venue, a hérité et modelé à son usage ces espèces d'automatismes qui, pour finir, rendent difficilement démêlables phénomènes physiques et socio-culturels.

L'utilisation de la couleur à des fins de sécurité tire parti, au vrai, de deux types d'atouts : l'effet "vocifération" (120), d'abord, en fonction de la charge ostentatoire propre à telle ou telle couleur ; c'est lui qui fonde l'appréciation commune sur son caractère "voyant", et se trouve d'autant plus accentué que l'on voue une large surface à cette teinte unique. En second lieu, l'effet "classificatoire", par la mise en système d'un nombre restreint de couleurs ; on confère ainsi à chacune d'elles une valeur supplémentaire de spécialisation, relativement aux autres éléments de la structure. Ces procédés sont manifestes dans les objets-signes qu'utilise la signalisation routière "in situ". Et, dès les premiers temps de l'automobilisme, par exemple, les panneaux ont octroyé une signification fonctionnelle au contraste de fonds rouges ou bleus, tandis qu'aux carrefours les feux ont popularisé un tiercé chromatique emprunté aux marins (121). Mieux : relayés aujourd'hui par les conventions adoptées en matière de normes techniques (122), et médiatiquement acclimatés jusque dans les conseils donnés aux conducteurs (123), ces chromo-symbolismes bi-ou tri-polarisés deviennent, à leur tour, instruments généralisés de codage. Mais on n'oubliera pas l'autre visage de la normo-chromie routière, la signalisation "in motu" : la panoplie des feux avant et arrière dont sont pourvus les véhicules fonde sur une différenciation chromatique la régulation sécuritaire qu'elle instaure ; ou encore, accessoires moins répandus, des gyrophares oranges et bleus distinguent aujourd'hui les "véhicules" respectivement rangés par le Code dans les catégories "à progression lente" et "d'intervention rapide". Ce sont autant d'emplois de la couleur auxquels sont attachés des effets de Droit spécifiques, et qui relèvent sans ambiguïté de la catégorie des signaux (in situ) ou signets (in motu) juridiques (124). En revanche, si, pour avoir observé que maints "signaux spéciaux" vont volontiers de pair avec des couleurs de carrosseries quasiment attitrées, on cherche quel statut sémio-juridique le Droit routier accorde à ces régularités chromatiques, force est de constater que l'on aborde des parages plus difficiles à baliser.

On se contentera d'envisager ici quatre sortes de véhicules atypiques, qui tous, d'ailleurs, cumulent signaux optico-acoustiques particuliers, inscriptions auto-désignatrices et teintes ressenties comme éminemment caractéristiques. Ils intéressent des professions très familières au public, spécialisées dans les interventions

(120) Dans le sens où Claudel évoquait "l'immobile vocifération de la couleur" ("Conversations dans le Loir-et-Cher", in *Oeuvres en Prose*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1965, p. 710).

(121) On trouvera instructif, à cet égard, l'ouvrage d'un pionnier de la signalétique, Pierre Brousset, qui, en 1889, sollicita un brevet d'invention de 15 ans et exposa son système dans *La circulation humaine par les signaux à terre. Méthode de sécurité publique*, Lyon, imprimerie P. Legendre et Cie, 1899, 34 p.; p. 14/15 : "les couleurs fondamentales prises à la marine sont au nombre de trois : le vert, le rouge, le jaune". À partir de là, il concevait non seulement des fonds de panneaux destinés à indiquer respectivement l'autorisation, l'interdiction et l'avertissement, mais aussi des combinaisons de bandes chromatiques qui, réunies sur un même panneau, permettaient de graduer une consigne : par exemple, p. 23, entre le jaune qui inciterait au ralentissement et le rouge qui interdirait de circuler, une bande rouge sur fond jaune enjoindrait de rouler au pas, une bande jaune sur fond rouge prescrirait un arrêt momentané, et trois bandes rouges avec deux bandes jaunes un arrêt prolongé. Excès de subtilités qui furent voués à l'échec, au contraire de quelques intuitions essentielles comme l'association à ces trois couleurs de formes géométriques déterminées (p. 25) - P. Brousset avait pensé aux daltoniens ! - ou la nécessité d'un apprentissage scolaire précoce pour "cette nouvelle méthode de sécurité" (p. 11).

(122) Voir, par exemple, dans le recueil *Couleur, colorimétrie* édité par l'AFNOR (3e éd. 1989, p. 370), la "signification des couleurs de sécurité" : rouge = stop, interdiction ; jaune = attention, risque de danger ; vert = situation de sécurité, premiers secours ; bleu = signaux d'obligation, indications.

(123) Ainsi, sous l'égide de "Bison futé", leur signale-t-on les "journées rouges" (à éviter), "oranges" (à affronter avec prudence) et les "itinéraires verts".

(124) Voir "Auto-signaux...", article cité, première partie. Rappelons que nous avons préféré parler de "signet" quand la flexibilité (formelle, et fonctionnelle) fait partie intégrante de la définition réglementaire de ce que le Code de la Route appelle indifféremment "signal".

sécuritaires ou salvatrices : sapeurs-pompiers et policiers, gendarmes et ambulanciers (125). Quant à leurs attributs de tôle colorée, ils offrent, une fois réunis, une palette qui paraît faire progressivement glisser un "vieux schéma trifonctionnel" (126) remarqué par les ethnologues - le rouge, le noir, le blanc -, vers la trichromie bicentenaire du drapeau national. Or cet ensemble n'a jamais donné lieu à une structuration délibérée et même, de toute évidence, il s'est constitué sur des bases et à des rythmes passablement hétérogènes, soumis qu'il fut au cours des temps à maintes vicissitudes - technologiques, budgétaires, voire communicationnelles.

Commençons par le "rouge-pompier" : indubitablement, c'est la carrosserie "spéciale" qui assume d'entrée de jeu la tradition la plus solide, puisque cette couleur distinctive non seulement précède l'existence du véhicule automobile (127), mais encore s'est affirmée dans une totale indépendance vis-à-vis des uniformes qui l'ont accompagnée puis suivie (128). Néanmoins, la réglementation routière subséquente observe un mutisme complet à propos du fameux vermillon. Certes, le Code de la Route laisse longtemps aux soins des préfets et des maires la notification de règles destinées à faciliter la mission des soldats du feu (129). Mais, même quand il se met à énumérer ces signaux qui leur sont propres (130), il désigne exclusivement par là le déclenchement temporaire d'avertisseurs sonores et/ou lumineux. La couleur de la carrosserie, à la différence de la non moins célèbre "pimpette" (131), n'est donc pas constituée en "signal" juridique. Une raison essentielle se déduit sans difficulté des textes que l'on vient de citer : ce sont les bornes strictes dans lesquelles sont contenues de telles exceptions au droit commun de la circulation. En effet, les privilèges instaurés au profit de ces véhicules rutilants n'ont aucun caractère de

(125) On les trouve réunis, depuis le décret du 5 février 1969, aux articles R. 21 et R. 35 du Code de la Route, qui leur accordent le bénéfice des mêmes dispositions particulières (voir ci-dessous). Ce sont aussi les quatre "composantes" qui ont été associées à la réalisation des plans ORSEC.

(126) L'expression est de M. Pastoureau, in *Figures et couleurs, Étude sur la symbolique et la sensibilité médiévales*, Paris, Le léopard d'or, 1986, 244 p. D. Zaha, pour sa part, évoque, p. 130, "la triade chromatique première" in "L'homme et la couleur", p. 115/180 de *Histoire des Moeurs I*, Bibliothèque de la Pléiade, 1990.

(127) Voir F. Bournand, *Le régiment des sapeurs-pompiers de Paris*, Librairie militaire artistique, 1887, 34 p. ; p. 15 :"tous les objets formant le matériel du corps des sapeurs-pompiers de Paris ont été peints en couleur rouge vermeil". A. Arnaud, in *Pompiers de Paris* , France-Sélection, 1958, 828 p., précise, dans un "tableau chronologique" (p. 25/37) : "16 janvier 1885 : adoption de la couleur rouge vermillon pour la peinture des engins d'incendie". Or "le premier véhicule d'incendie automobile fut construit à Londres en 1899 par Merryweather and Sons et, en France, en 1898 par le capitaine Porteu de Rennes" (J. Mallet, *Les fabuleux véhicules d'incendie américains*, Paris, E.P.A., 1982, 63 p. ; p. 7). En réalité, les premiers fourgons à cabine fermée, utilisés en France au milieu des années 20, étaient en noir et rouge. Ce bicolorisme, qui trouverait son origine dans les carrosseries "torpedo" du début du siècle (composées d'une tôle sur armature de bois et d'un pavillon en similicuir de couleur noire), s'est perpétué sur les véhicules jusque dans les années 60 (A. Horb et J.-E. Martineau, *Les véhicules d'incendie en France*, Boulogne-Billancourt, E.P.A., 1987, 351p. ; p. 48/65). Témoignages photographiques dans *Allô 18*, n° 296, juillet 1974, p. 39 : "L'album de famille, il y a 35 ans" (à la revue du 14 juillet 1939), et dans *Auto-Retro*, n° 132, août 1991, p. 72/76 : "Rouge pompier. Quand passent les sirènes".

(128) A. Arnaud, op. cit., p. 509/532 : "Uniformes, équipement, habillement, de 1722 à 1958".

(129) Ainsi les Ordonnances du Préfet de Police de Paris formulent-elles, dès 1925 - mais sans aucune allusion à la couleur - l'obligation de céder le passage aux véhicules des services d'incendie. Dans la réglementation nationale, on n'y trouverait aucune allusion avant la fin de la deuxième guerre mondiale, n'étaient les lois du 5 mars 1941 (article 6, § 3 : dispense de limitation de vitesse, allusion aux "signes spéciaux de ces véhicules") et du 28 janvier 1943 (article 38, § 3 : obligation de dégager la chaussée, allusion aux "signaux qui leur sont réservés").

(130) C'est à partir du décret du 12 janvier 1948 (article 9, § 4-2, art. 10, § 3, art. 31, § 5 et art. 25, § 3) que figure au Code de la Route, parmi les dispositions relatives aux croisements et dépassements, aux priorités de passage et à la vitesse, la mention des "signaux acoustiques et optiques <...> propres" à ce type de véhicules. Dans le décret du 10 juillet 1954, il faut se reporter aux articles 11, 21, 28, 95 et 181. La rubrique s'étoffe encore dans le décret du 5 février 1969 (articles R. 11, 21, 28, 35, 92-5, 95 et 181) et, dans le texte en vigueur aujourd'hui, il convient d'ajouter R. 43-4 et 43-6.

(131) Ou corne-avertisseur à deux tons, qui fut inaugurée aussi à l'époque des "départs attelés". Voir M. Alves, *Au feu. L'histoire extraordinaire des sapeurs-pompiers à travers les âges*, éd. Profil, 1991, 128 p. ; p. 58.

permanence, et requièrent la justification d'une nécessité d'"intervention urgente" : or la peinture coutumière, qui ne saurait par définition satisfaire à des exhibitions intermittentes, est bien moins adaptée que des feux ou des trompes à cette fonction sélective. On voit ici à plein la distance qui sépare le signal/signet juridique, générateur occasionnel d'obligations à la charge des conducteurs qui le perçoivent, et le signal au sens banal du terme, uniquement porteur d'information, quand bien même les conditions de délivrance de cette information s'avèrent copieusement juridicisées. Or le rouge-pompier, à l'instar des autres couleurs "spécialisées" qui nous occupent, semble de nature à brouiller le tracé de cette frontière : sans être, à rigoureusement parler, un signet juridique, se laisse-t-il réduire aux signaux ordinaires ? Il partage certes avec eux, et porte à un summum, l'aspect de porte-enseigne : car sa couleur criarde met si éloquemment en évidence - même de loin, à vive allure - une certaine spécialisation fonctionnelle, qu'elle a fini par supplanter, dans leur rôle de justificatif, les inscriptions portées sur la carrosserie. Mais aussi parce qu'on a officiellement contribué à en faire, à force de prescriptions techniques et administratives, un élément décisif d'unification et d'identification. Pour tous les véhicules dont usent ces "services", en effet, une normalisation chromatique garantit la carrosserie non seulement contre les variations de nuance (132) mais aussi contre toute incertitude d'affectation (133). Il y a là un phénomène de quasi réservation signalétique qui tend à orienter l'information dans un sens prescriptif. Signalement hyper-réglementé, ce n'est pas à dire, il s'en faut, signal ambassadeur de réglementation. Reste qu'en cas d'urgence diurne, la couleur fait invinciblement partie de cet appareillage avertisseur qui assure des privilèges circulatoires et que sa proximité obligée avec des signaux qui disent le Droit routier risque fort de lui assurer quelques ricochets imprévus de juridicité. À tout moment, éclairs bleus ou tonitruance sont susceptibles de jaillir de la tôle écarlate : comment l'insigne ne serait-il pas, peu ou prou, perçu comme une part constamment émergée de la consigne ? On verra en tout cas la confirmation d'un subtil croisement sémio-juridique dans l'assomption jurisprudentielle assez inattendue dont a bénéficié ce rouge coutumier (134) : à l'occasion des contentieux -fort rares - qui intéressent, du point de vue de la circulation routière, ce type de véhicules, l'élément chromatique a obtenu une reconnaissance significative, sous la forme de ce que nous avons déjà défini comme un "indice juridique" (135) : autrement dit, la couleur qui sert de toile de fond aux avertisseurs spéciaux semble avoir imposé, à la force du contexte, une faculté d'emporter présomption de juridicité - de cette juridicité mise en œuvre par les avertisseurs en question.

---

(132) L'équation AFNOR du "rouge-incendie" est la suivante : NF X 08-008. La couleur est définie par l'étalon secondaire rouge orangé vif n°1, 1801 de la norme expérimentale X 08-002 homologuée par l'arrêté du 28 janvier 1972 (*J.O.* du 6 février).

(133) Le domaine d'application est bel et bien prévu dans les arrêtés d'homologation. Ainsi : "Revêtement externe des véhicules des services de secours et de lutte contre l'incendie ainsi que leurs accessoires extérieurs. En ce qui concerne les véhicules des administrations publiques, cette couleur rouge ne devra pas être utilisée en totalité comme revêtement externe de véhicules autres que ceux désignés ci-dessus" (arrêté du 28 janvier 1972).

(134) Par exemple, Cour de Cassation, Chambre criminelle du 19 juin 1975 : la "couleur rouge" est mentionnée comme élément d'identification, au même titre que le "gyrophare" et l'"avertisseur spécial à deux tons" pour faire bénéficier une ambulance de la priorité accordée par le Code de la Route (R. 28) aux véhicules de lutte contre l'incendie. Ou encore, Cour d'appel de Metz, 28 mai 1976, décision non publiée, citée par J. Marion et X. Prétot, *La sécurité civile en temps de paix et le droit*, Paris, Néret, 1986, 167 p. ; p. 130.

(135) Voir "Un refrain des rues et des lois" *Revue de la Recherche juridique*, 1989-3, p. 639/704 ; spécialement 1.1.2. L'indice juridique est un élément matériel facile à identifier, conçu pour satisfaire à des fins qui ne sont pas juridiques, mais auquel le Droit reconnaît a posteriori une valeur normative d'appoint, parce que cet élément contribue à renforcer - voire aide à imposer - le message que délivre concurremment un signal juridique.

Aujourd'hui prodigué tant sur les fourgonnettes ou les breaks que sur les motocyclettes, le bleu-gendarme azuréen est aussi le produit de décisions internes à l'administration de l'arme. Il bénéficie d'une normalisation technique assez poussée (136), quoique, dans les ouvrages consacrés à la gendarmerie, la couleur du matériel - l'arme est motorisée depuis les années 20 (137) - ne fasse quasiment jamais l'objet d'une mention, a fortiori d'un commentaire. Or son évolution laisse au moins constater, au tournant des années 1970, une coupure importante, qui aboutit à l'adoption d'une nuance proprement distinctive. Jusque-là, en effet, la spécificité gendarmique ne s'était pas traduite sur les carrosseries par un indicateur chromatique original et immuable (138) sans doute en raison du rattachement de la gendarmerie à l'administration militaire (139). Il faut donc que la nouvelle teinte ait répondu à un besoin de redéfinition. Et, de fait, on reconnaîtra qu'elle concrétise, dans le contexte des mutations socio-industrielles que connaît la France, à la fin des années 60, ce "passage d'une gendarmerie de la surveillance générale à une gendarmerie d'intervention" (140), qui est consécutif à l'automobilisme de masse et à la mise en place par les pouvoirs publics d'opérations énormes de contrôle et de secours routiers (141). La réactualisation de la nuance a valeur de message : la mission gendarmique, en raison d'un contexte de circulation plus intensive, est effectivement entrée dans une ère de re-spécialisation inédite.

En dépit toutefois de ces affinités "routières", les caractéristiques chromatiques des véhicules employés par la gendarmerie n'ont pas plus droit de cité dans le Code, au chapitre des dérogations accordées en cas d'intervention urgente, que ceux des services de lutte contre l'incendie. Mieux : quoique l'équipement motorisé des fonctionnaires puisse apparaître comme difficilement séparable des attributs qui les habilitent à constater et réprimer les infractions routières, la jurisprudence a jusqu'ici refusé de ranger les "formes et couleurs caractéristiques des véhicules officiels de police ou de gendarmerie" au nombre des "insignes apparents et extérieurs de la fonction" (142). Cela n'est pas sans gêner quelque peu les juristes, conscients de la perche ainsi tendue à la "mauvaise foi" des contrevenants, et ils ne voient aucune objection à ce qu'un texte ultérieur inclue ces éléments de manière

---

(136) Il correspond à l'étalon 1518 de la norme expérimentale NF X 08-002, qui a remplacé, depuis 1973, l'étalon 1500 datant de 1958.

(137) Voir H. Lafont et Ph. Meyer, *Le nouvel ordre gendarmique*, Paris, Seuil, 1980, 217 p. Une dotation en Ford est datée de 1919 (p. 139) ; "en 1928, une loi <...> institue une police spéciale de la route" et "les conseils généraux, les compagnies d'assurances et les grandes marques d'automobiles se cotisent pour doter les brigades de véhicules rapides" (p. 55/62). On consultera avec intérêt, p. 205, le "tableau de la motorisation" mais on n'y trouvera pas d'allusion à la composante chromatique.

(138) Y pourvoyait en revanche, outre les inscriptions, un insigne discrètement intégré à la plaque d'immatriculation - la fameuse grenade d'argent, présente sur les uniformes depuis 1792.

(139) C'est ainsi que le document d'application des couleurs est conservé dans les services ministériels sous la désignation "GAMP" (Guerre Air Marine Peinture). Voir, dans le magazine *Auto-Retro*, n° 129 et 130 (mai et juin 1991) la récapitulation intitulée "Les roues des gendarmes", pour laquelle ont été mises à contribution des photographies du Musée de la Gendarmerie. On voit ainsi coexister, dans les années 50, le "parc kaki" hérité de la période de guerre et le "parc civil" bleu marine, puis apparaître, à la fin des années 60, une teinte sensiblement plus claire sur les voitures utilisées pour la police de la route. La même constatation peut être faite à partir des photographies de motocyclettes et de voitures bleu marine présentées dans *Huit siècles de gendarmerie*, Paris, J.-F. Ed. et Toulouse, Ed. Larrieu-Bonnel, 1967, 445 p. (p. 323, 405, ou 419), qui contrastent avec le bleu vif d'une Alpine-Renault employée par un "peloton d'autoroute" (p. 421). On perçoit assez bien par là comment l'ampleur sans précédent des tâches de police routière se trouve à l'origine de la restructuration chromatique survenue en 1973.

(140) Lafont et Meyer, op. cit., p. 171.

(141) C'est en 1966 qu'est créé, par exemple, le Centre d'informations routières de Rosny-sous-Bois. Voir *La gendarmerie aujourd'hui*, Paris, éd. Richer et Atlas, 1991, 128 p. ; p. 34 et suivantes : "Au-devant des hommes en détresse".

(142) Voir Gridel, op. cit., p. 167 (commentaire de l'article L. 4 du Code de la Route) : "le signe d'habilitation du gendarme ou du gardien de la paix, c'est l'uniforme dont il est revêtu, et non le véhicule qui le transporte".

explicite (143). Ainsi posée, la question nous ramène au statut, si malaisé à éclaircir, des couleurs de carrosserie. Cette fois, c'est la doctrine qui atteste de leur capacité à servir de signal juridique, mais il ne s'agirait plus d'un signal de même portée. La question n'est pas de savoir s'il conviendrait de leur donner une valeur d'indice juridique, qui leur permettrait de faire jeu quasiment égal avec les avertisseurs spéciaux, pour la bonne raison que les avertisseurs eux-mêmes ne sont pas autorisés à faire office de signal juridique, lorsque leur finalité n'est pas de faire dégager le passage, fût-ce en imposant des priorités, mais bien d'obliger à stopper un conducteur pour le soumettre à des sanctions. Même si la prise en compte d'une co-occurrence reste au fondement de l'assimilation envisagée - d'un côté entre des avertisseurs spéciaux et un support chromatique particulier, de l'autre entre une carrosserie spéciale et les fonctionnaires en uniforme qu'elle transporte -, la différence d'enjeu est révélatrice d'intrications sémio-juridiques supplémentaires. Le fait que les forces de l'ordre interviennent inséparablement pour enquêter, secourir et réprimer, confère à l'apparence de leurs véhicules des connotations normatives ambiguës, fort éloignées de l'univocité sécuritaire qui n'a pas peu contribué à pérenniser le rouge-pompier. L'accession, pour le moins retardée, des carrosseries "porte-censure" au statut de signal d'habilitation, mérite d'être mise en rapport avec cette complexité identitaire, dont témoigne d'ailleurs éloquemment la pratique des "voitures banalisées".

Le record, en matière de diversité chromatique, appartient sans conteste aux véhicules de police, moins d'ailleurs en raison d'innovations accélérées, qu'à cause de la grande liberté de se différencier qui était accordée aux différents services. On ne saurait revenir longuement ici sur une histoire passablement enchevêtrée (144), sinon pour pointer quelques facteurs structurels qui peuvent en partie expliquer pourquoi, jusqu'à une date très récente, la couleur des carrosseries n'a pas fait l'objet d'une spécialisation concertée (145). Fragmentation et rivalité des polices - qu'on pense aux clivages têtus entre Paris et la "province", ou entre police nationale et police municipale, et à la mise en place laborieuse de l'étatisation inscrite pourtant dans la loi depuis le 9 juillet 1966 - ont évidemment opposé de puissants obstacles à l'émergence d'une seule teinte caractéristique (146). D'autre part, la police n'étant pas une administration militaire, le besoin d'uniforme - et le goût de le transposer peu ou prou sur les véhicules - pouvait n'être pas ressenti comme indispensable, même si, entre les années 20 et les années 70, les teintes les plus communément répandues dans la police nationale se réduisirent au noir et au bleu (147). Enfin, la création, au fil du temps et des urgences, de services spécialisés qui ne sont jamais devenus le

(143) Gridel, ibidem. La mention expresse est requise, évidemment, par le principe d'interprétation stricte en Droit pénal.

(144) L'essentiel de la documentation est rassemblé dans M. Le Clère, *Bibliographie critique de la police*, 1991, 466 p. Voir, plus particulièrement, J. Aubert et R. Petit, *La police en France, service public*, Paris, Berger-Levrault, 1981, 316 p. et G. Carrot, *Le maintien de l'ordre en France au XXe siècle*, Paris, H. Veyrier, 1990, 432 p.

(145) On s'appuie principalement ici sur les témoignages de différents chefs de service (polices urbaines, municipales, et C.R.S.) interrogés à Paris et en province pendant l'hiver 1991-1992, et sur une enquête effectuée à la Mission des Archives du Ministère de l'Intérieur. En fonction des dotations attribuées, les services ont longtemps choisi leurs couleurs sans être assujettis à une normalisation, l'intermédiaire avec les constructeurs étant assuré, pour le Ministère de l'Intérieur, par l'U.G.A.P. (Union des Groupements d'Achats Publics).

(146) C'est ainsi que, depuis 1950, la police municipale parisienne se distingue par l'usage de voitures couleur pie, dont la bichromie fit école aux États-Unis. Voir J. Borgé et N. Viasnoff, *Les voitures de police et de gangsters*, Paris, Balland, 1978, 191 p. ; p. 164.

(147) Le noir "officiel" domine largement jusque dans les années 50 ; en province et dans les D.O.M.-T.O.M., les voitures de patrouille arborent ensuite volontiers le "bleu Tahiti" (catalogues "Police Équipement", diffusés par le Ministère de l'Intérieur).

fait d'un corps de police spécial - et notamment la police routière (148) -, a renforcé, aux yeux du public, l'éparpillement des repères identificateurs, et incité les fonctionnaires à privilégier les insignes propres à leur corps d'origine. Les choses ont changé depuis peu, non sans rapport avec l'histoire politique du dernier demi-siècle. Une implication policière - ressentie comme excessivement partisane - dans les conflits sociaux des années 50 à 70, le changement de majorité gouvernementale qui marque les années 80, enfin une participation de plus en plus intense - dont on a déjà signalé l'impact sur la création du "bleu-gendarme" - aux tâches de secours nées du risque routier : autant d'éléments qui ont fait mûrir, semble-t-il, la préoccupation d'offrir désormais l'image unifiée d'un service avant tout consacré à la sécurité publique. Ce n'est pas un hasard si, à l'aube des années 90, on voit en librairie un "Code de déontologie policière" (149) et, dans les rues et sur les routes du pays tout entier, une carrosserie dont le blanc tricolorisé tend, au moins en ce qui concerne les voitures de patrouille, à supplanter la bigarrure antérieure du parc : on assiste à la généralisation d'un nouveau type de "véhicule de police", qui favorise la perception globale d'une fonctionnalité sécuritaire (150).

Enfin, sur les couleurs des carrosseries d'ambulances, dont la standardisation est récente, a pesé une autre longue et chaotique histoire : l'organisation du transport médical d'urgence. Les secours hospitaliers publics sont arrivés bons derniers dans la petite cohorte des intervenants traditionnels (151) et si leur création - bien après la deuxième guerre mondiale, sous l'influence déterminante d'accidents de la route plus nombreux et plus graves - a partiellement redistribué les cartes de l'aide médicale urgente (152), elle n'a pas peu contribué à en accroître l'hétérogénéité (153). Le Code

---

(148) À laquelle les C.R.S. prirent très vite une part essentielle, mais non exclusive. Voir R. Le Texier, *Les C.R.S.*, Paris, Lavauzelle, 1981, 246 p.

(149) S. Porra et Cl. Paoli, *Code annoté de déontologie policière*, Paris, L.G.D.J., 1991, 201 p.

(150) Rappelons qu'on ne prend pas en compte ici l'évolution du parc lourd (cars, fourgons cellulaires). C'est aux environs de 1983 que les services de province - à l'initiative, semble-t-il, de certains constructeurs - ont commencé à s'équiper de ce modèle de carrosserie blanche, traversée horizontalement d'un bandeau constitué par une ligne rouge encadrée de deux fines lignes bleues, avec sérigraphie réflectorisée "Police" ; la police parisienne s'y est conformée, non sans résistances, cinq années plus tard. Une coupure équivalente est observable en ce qui concerne l'aspect des motocyclettes (noires puis blanches) : voir R. Le Texier, *Les motards de la police*, Paris, Lavauzelle, 1984, 184 p. (on comparera, par exemple, les photographies des p. 46, 47, et 84, 85). La préservation des spécificités policières est assurée par les "écussons" apposés en complément sur les portières. Cette unification d'aspect, récemment conquise sur le plan intérieur, fait l'objet de projections à l'échelle de l'Europe : une charte graphique serait même à l'étude.

(151) Voir Ch. Maillard, *Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours. Comment la santé est devenue une affaire d'État*, Paris, Dunod, 1986, 200 p. ; p. 79 : "La réglementation de 1965 confie à l'hôpital public cette nouvelle mission d'aller au lieu de l'accident prodiguer les soins nécessaires et de rapatrier les blessés dans les meilleures conditions vers la structure de soins la mieux adaptée". On trouvera un bref historique des secours médicaux mobiles, depuis les ambulances militaires jusqu'à celles des S.M.U.R. et des S.A.M.U., in G. Barrier, *La vie entre les mains*, Paris, O. Jacob, 1992, 214 p. ; chapitre VI (p. 135/187) : "La médecine d'urgence". Rappelons qu'avant de faire l'objet de ces structures spécifiques, les secours d'urgence étaient dispensés essentiellement par les sapeurs-pompiers, (leur spécialisation dans le secours médicalisé date du décret du 7 mars 1953), secondés par les interventions de la police (création de Police-Secours à Paris le 28 mars 1928), de la gendarmerie, des ambulances municipales et des ambulanciers privés (conditions d'agrément dans la loi du 10 juillet 1970), à quoi s'ajoutaient divers groupements et associations de dimension nationale ou locale, tels que la Croix-Rouge (1865), l'Oeuvre S.O.S. (1930),ou le Secours routier français (1954). Les S.M.U.R. trouvent leur fondement juridique dans le décret du 2 décembre 1965, et les S.A.M.U., après les circulaires du 4 septembre 1973 et du 5 février 1976, dans celui du 6 janvier 1986.

(152) Il fallut réglementer, par exemple, les aires d'intervention respectives des sapeurs-pompiers et des transporteurs sanitaires privés (circulaires du Ministère de l'Intérieur, 5 février 1962, 29 novembre 1979, 3 février 1983), coordonner les actions du SAMU et de Police-Secours à Paris (voir la note de service du Préfet de Police du 12 juin 1975) ou encore celles des sapeurs-pompiers et des SAMU (circulaire du Ministère de l'Intérieur, 4 avril 1974). Ainsi enfin, les trois quarts des SMUR sont organisés aujourd'hui par voie de convention avec les sapeurs-pompiers - d'où cette bande rouge qui figure sur leur carrosserie.

(153) Voir le bilan très critique dressé, de ce point de vue, par Ph. Chenillet et X. Prétot, "Le secours médical d'urgence : éléments pour une clarification" in *Techniques hospitalières*, n°467-468 (août-

de la Route s'est fait l'écho de distinctions entre les différents types de véhicules susceptibles d'interventions urgentes : l'article R. 96 est consacré aux avertisseurs sonores spéciaux des ambulances, tandis que R. 95 s'occupe de ceux des services de police, de gendarmerie et de lutte contre l'incendie. Affranchies comme eux du respect des limitations de vitesse (R. 11), et comme eux obligeant par leurs avertisseurs les autres automobilistes à leur "faciliter le passage" (R. 21), les ambulances ne bénéficient pas, en revanche, de la priorité aux intersections (R. 28) (154). De leur côté, les prescriptions administratives qui sont venues normaliser l'aspect des "véhicules affectés aux transports sanitaires terrestres" et qui régissent indifféremment les secteurs privé et public, ont consenti une exception de taille en faveur des sapeurs- pompiers : leurs engins - par exemple ces Véhicules de Secours aux Asphyxiés et aux Blessés désormais bien connus du public - ont conservé en effet la couleur rouge (155). Pour les autres, les exigences chromatiques se sont exprimées en trois temps. D'abord, la carrosserie devait être "peinte extérieurement en blanc crème" et porter "latéralement l'indication du service utilisateur" (156). Quelques années après, il n'est plus question que de "blanc" (157). Enfin, aux inscriptions minutieusement calibrées s'est ajoutée une croix bleue, insigne avec lequel les conducteurs, aujourd'hui, sont tout à fait familiarisés (158).

Au total, les bouleversements que le phénomène "accident de la route" a introduits, depuis trente ans, dans le champ du secours d'urgence trouvent, aux yeux des usagers qui ne sont guère au fait du panorama administratif, une traduction très simplement spectaculaire. Les trois couleurs entre lesquelles la réglementation a réparti les véhicules affectés à la sécurité publique font que la détresse corporelle s'annonce désormais, au bord de la chaussée, par la curieuse reconstitution d'un

---

septembre 1984), p. 29/41. Les auteurs dénoncent une "politique d'adaptation floue" qui a conduit à "l'enchevêtrement des structures".

(154) Sans préjudice, toutefois, de hiérarchisations plus subtiles. Ainsi, la circulaire du 15 avril 1988 relative à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires (B.O. Ministère des Affaires sociales, 11 août 1988, fascicule n°25, p. 93/102) distingue la "priorité de passage" - expressément réservée aux Sapeurs-pompiers et aux S.A.M.U. - de la "progression facilitée", accordée aux ambulances.

(155) Circulaire du 14 novembre 1979 "relative aux visites techniques des ambulances" : quoique la carrosserie doive être "peinte en blanc, par exception les véhicules des services d'incendie pourront être peints en rouge". Le décret du 30 novembre 1987 "relatif à l'agrément des transports sanitaires terrestres" renvoyait leur normalisation à un arrêté du Ministère de l'Intérieur. Les VSAB, qui répondent actuellement à la norme NF 61 530 (avril 1991), sont en fait "extérieurement de couleur rouge-incendie, sauf le pavillon qui doit être blanc".

(156) Annexe à la circulaire du 22 juillet 1966 (Ministère des Affaires sociales). Le choix de la couleur, sinon celui de la nuance, n'était pas une innovation : à Paris, les ambulances municipales de l'après-guerre, comme la Juva Quatre, qui succède en 1947 aux ambulances militaires ou la Prairie Renault, qui la remplace en 1954, apparaissent déjà blanches sur les photographies (voir, par exemple, *Allô 18*, n° 297, août-septembre 1974, p. 34).

(157) Annexe I au décret du 27 mars 1973.

(158) Annexe II au décret du 25 janvier 1979 : la carrosserie "doit être extérieurement peinte en blanc et revêtue de l'insigne distinctif conforme au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de la Santé". Arrêté du 25 janvier 1979, article 1er : "l'insigne distinctif <...> est une croix régulière à six branches, l'une étant placée dans la position verticale, s'inscrivant dans un cercle théorique de 0, 2 m de rayon au minimum et de 0, 25 m au maximum, la largeur de chaque branche étant le quart de la longueur. Sa couleur est bleu vif, conforme à la définition de la norme NF X 08-002, numéro 15 40" ; article 2 : "l'insigne distinctif figure sur le capot et les portières avant des véhicules, il peut figurer également sur la partie arrière de la carrosserie". Arrêté du 25 novembre 1985, "déterminant la nature et les conditions d'utilisation des moyens mobiles de secours et de soins d'urgence dont doivent disposer certains établissements hospitaliers", article 3 : "les véhicules <...> portent <...> les mentions suivantes, inscrites en lettres bleues (norme NF X 08-002 n° 15 40) : SAMU, suivi du numéro du département ; SMUR, suivi du nom du centre hospitalier de rattachement". L'arrêté du 22 février 1988 prévoit les mêmes caractéristiques pour la mention du "nom commercial" sur les ambulances privées. Tout cela est récapitulé par l'arrêté du 20 mars 1990 "fixant les conditions exigées pour les véhicules et les installations matérielles affectées aux transports sanitaires terrestres" : on y trouve toutefois une légère modification de l'insigne ("la largeur de chaque branche" est désormais "la moitié de la longueur") et une intéressante précision : "d'autres mentions, liées à l'activité de transport sanitaire du titulaire de l'agrément, peuvent être apposées, sous réserve qu'elles n'affectent pas par leur dimension ou leur nombre la dominante blanche de la carrosserie, la dominante bleue des mentions".

drapeau tricolore (159) ; car l'association est invariable - qu'elle se fasse en uni-, bi- ou tri-chromatisme - c'est toujours le rouge, le bleu, et le blanc. De même que le public s'est habitué à décliner les appels au secours selon trois numéros téléphoniques, le 18, le 15, et le 17, de même il sait que les "secours" ou les "plans" sont dits "rouge", "blancs" ou "bleus", suivant que les mettent en œuvre les services motorisés des Sapeurs-pompiers, de l'Assistance publique ou des forces de l'ordre.

Mais le fait que ces véhicules ont des privilèges inscrits au Code de la Route a donné une portée sans pareille à l'homologation de leurs caractéristiques visuelles : tant d'officielle sollicitude devait faire bientôt quitter à l'emblématique couleur la sphère de coutumes professionnelles à simple visée distinctive. Un appareil, sans cesse plus élaboré, de prescriptions administratives et techniques l'a si bien rapprochée des objets-signes qui ont valeur cœrcitive, que le Droit routier, sans l'admettre comme signet, a su lui conférer la précieuse fonction d'indice juridique. Lorsque la situation justifie qu'on actionne les avertisseurs spéciaux, la couleur de carrosserie constitue en effet un renfort qui n'est pas négligeable : de jour, au premier chef, mais aussi bien de nuit dans les rues de la ville moderne, elle aide à l'effectivité du message dont sont porteurs sirènes et gyrophares. Pourvu de vertus de persuasion perceptive que ne peuvent assumer ni les inscriptions - au-delà d'une très courte distance - ni les avertisseurs, qui se contentent d'exiger abruptement des privilèges de passage, l'indicateur chromatique, en donnant à voir une justification symbolique de l'urgence invoquée, s'avère mieux à même de susciter non seulement l'obéissance, mais encore la bonne volonté des conducteurs interpellés. Ce qui n'est pas sans conséquence en matière de circulation routière : dans ce domaine où la psychologie égalitaire, exacerbée par les encombrements, fait a priori suspecter toute "priorité" de détournements illicites, on comprend que l'urgence, même juridiquement signalée, ait un puissant intérêt à "annoncer", au surplus, "la couleur". Bref, une intervention urgente sur la route requiert, d'urgence aussi, l'identification de l'urgence par les autres automobilistes, laquelle ne va point sans aide minimale à l'intelligence du processus : car la compréhension, ici, est pleinement à prendre dans sa double acception. Néanmoins, pour qu'un élément du décor familier se prête si efficacement au rôle d'intercesseur en juridicité, il faut que les normes bâtissent sur de robustes fondations coutumières : à quelles substructions consensuelles les impératifs-couleurs doivent-ils donc leur fortune réglementaire ? Autrement dit, quelles virtualités impératives a-t-on jugé bon d'activer en fixant impérativement les teintes de ces véhicules voués à la sécurité et à l'urgence ?

(159) Rappelons qu'on n'envisage ici que la situation d'accident de la route, au sens précis qui est donné à ce terme d'"accident"- par différence avec la "catastrophe", le "sinistre" et a fortiori le "cataclysme"- dans l'Instruction interministérielle du 5 février 1952 : "pour tous les cas où est seule utile l'intervention courante des services de secours (petit nombre de victimes, circonstances ne présentant aucune difficulté anormale et provenant d'accidents d'avions, d'autos, de chemins de fer)". Cela revient communément à réunir une voiture de pompiers, une ambulance (en général du SAMU) et, selon la localisation, un véhicule de police ou de gendarmerie. Dominantes rouge, blanche, tricolore dans le premier cas ; rouge, blanche, bleue dans le second. De plus, l'apposition généreuse de bandes réfléchissantes zébrées en rouge et blanc, qui sont destinées à améliorer la visibilité, rend inopinément trichromatiques véhicules de gendarmerie et des SAMU.

2.1.2. L'œil ausculte

Est-ce à dire qu'on puisse mettre au jour comme un Droit naturel de la signalétique, qui aurait fondé, en Droit positif, une exploitation raisonnée des ressources de la couleur ? Ce serait être dupe du fait que les spéculations sur la "symbolique" ou la "sémantique" des teintes s'inscrivent elles-mêmes dans l'histoire des processus culturels, des codages sociaux, et des préoccupations idéologiques (160). Au lieu d'imputer tout uniment la valeur prescriptive de telles carrosseries spécialisées aux vertus intrinsèques de certaines couleurs, on appréhendera par conséquent les significations qui leur sont couramment associées comme autant d'héritages socio-sémiologiques qui sont venus peser, dans la France contemporaine, sur l'assomption des réglementations "chromatiques", et, plus particulièrement, sur leur redistribution récente. Les couleurs des véhicules d'intervention urgente, juridiquement minorées en comparaison de tant d'autres accessoires automobiles, bénéficient en effet d'une forte majoration sociologique, si bien que la vie réelle du signe ne saurait être appréciée indépendamment de son existence a-légale et, en l'espèce, de ces faisceaux connotatifs qui paraissent suffire à lui ouvrir la voie.

La carrosserie rouge est devenue par excellence synecdoque de l'intervention des pompiers. Pour rendre raison d'une adoption chromatique fort ancienne, plusieurs explications ont été proposées (161), mais la vulgate étiologique semble bien s'être transmise dans l'intitulé, aujourd'hui technique, de "rouge-incendie" (162). Les connotations inquiétantes du rouge, qui paraissent acquises dans la France du XIXe siècle, non sans contraste avec une symbolique antérieure tout à fait positive (163), n'ont pu être que notablement renforcées par la confirmation contemporaine des pompiers dans le rôle de "généralistes des secours". Désormais plus souvent rencontrés sur des lieux d'accidents que près de bâtiments en flammes, les véhicules rouges finissent par évoquer, non moins que la couleur du feu, celle des corps ensanglantés : teinte susceptible de faire tout aussi violemment ressentir l'urgence de l'intervention à des spectateurs qui risquent tous les jours, sur la route, leur propre vie.

Mais quelle que soit la teneur émotive des images associées à ces carrosseries, il en résulte que la réglementation, à la fin du XXe siècle, n'a plus qu'une marge de manœuvre très limitée, face à la compacité de cette tradition : elle a avalisé une habitude devenue quasiment automatisme perceptif mais, à son tour, se trouve quelque peu contrainte par cette espèce d'équation chromatique (164). D'autant que, depuis plus d'un siècle, c'est à l'âge des jouets que le repère coloré se fixe, et se ressource. Le vermillon signale une voiture de pompiers : l'enfant a été initié, une

---

(160) Voir M. Pastoureau, "Les couleurs aussi ont une histoire" in *L'Histoire*, n° 92, septembre 1986. Louis Marin, de son côté, n'hésite pas à écrire : "Les couleurs sont des aventures idéologiques dans l'histoire matérielle et culturelle de l'Occident" dans sa "Préface" (p. 10) au livre fondamental de M. Brusatin, *Histoire des couleurs* (Paris, Flammarion, 1986, pour la traduction française du texte italien de 1983, 121 p.).

(161) Le matériel d'incendie n'a pas toujours été rouge (voir ci-dessus, note 127). "En France, jusqu'à l'arrivée des pompes à vapeur importées d'Angleterre, <les pompes> étaient vertes. Ensuite, on adopta le rouge" rappellent J. Borgé et N. Viasnoff, *Les voitures de pompiers*, Paris, Balland, 1976, 166 p. ; p. 30. C'est l'explication historique. Dans leur ouvrage déjà cité, 1987, p. 48/65, A. Horb et J.-E. Martineau la mentionnent, mais développent d'abord une justification d'ordre symbolique (le rouge, symbole du feu ou du danger) : "En choisissant la couleur rouge pour les véhicules d'incendie, on estimait marquer la notion d'urgence qui s'attachait à ces véhicules".

(162) Intitulé de la norme AFNOR ; voir ci-dessus, note 132.

(163) Voir M. Pastoureau, op. cit., p. 54 : le rouge domine au château et à l'église jusqu'au milieu du XVIIe siècle ; "c'est la couleur par excellence, celle qui permet le mieux à l'homme de vaincre la peur des ténèbres". Quant à M. Brusatin, il rappelle (op. cit., p. 35) comment le mot "garantie" se rapporte étymologiquement à "garance". Pour l'homme médiéval, le rouge était presque la valeur en soi.

(164) À titre de confirmation significative, on remarquera que, début 1987, le Ministère de l'Intérieur a fini par retenir la couleur rouge pour caractériser les véhicules de la Sécurité civile (A. Horb et J.-E. Martineau, op. cit., p. 288).

fois pour toutes, à cette vérité archétypale. L'ancrage coutumier du rouge a d'ailleurs montré sa solidité, lorsqu'on a prétendu lui substituer, au cours des années 70, une couleur estimée plus performante. On s'est bien rendu compte, alors, que les processus d'identification ont leurs déterminations propres, qui ne défèrent pas toujours aux lois de la physique (165). Malgré une large diffusion, dans les revues spécialisées (166), de l'exemple américain, d'expériences de vérification qui furent aussitôt réalisées en Grande-Bretagne, et de quelques essais auxquels les Français se prêtèrent, la nouvelle couleur n'a pas réussi sa percée. Même d'un point de vue sécuritaire, les inconvénients reconnus du rouge n'incitèrent pas à courir les risques non moins considérables qu'aurait entraînés un bouleversement total des habitudes (167). Au demeurant, ce débat eut l'avantage de faire mettre en évidence le rôle important que joue la couleur quand il s'agit, sur le terrain, de reconnaître un véhicule de secours (168) : les arguments tirés de la pratique automobile ordinaire expliquent à suffisance la promotion de l'élément chromatique qui se traduit, si le contentieux l'exige, en termes d'indice juridique.

Sans doute expliquent-ils également qu'on se soit résolu, beaucoup plus récemment (169), à rendre caractéristiques les carrosseries d'ambulances. Pour la couleur de fond, une tradition s'était déjà imposée, qu'on put se contenter de généraliser : celle du "blanc hygiénique", que les historiens repèrent en Europe à partir du XVIIIe siècle (170). La teinte immaculée est d'ailleurs toujours celle des vêtements portés par les professionnels de la santé, et connote ordinairement le milieu médical - "les hommes en blanc" -, les salles aseptisées, voire la pâleur de corps mal en point, auxquels il est urgent de rendre "des couleurs". Bien que le choix du blanc pour les carrosseries ait suscité, quant à la visibilité, des critiques à peine moins sévères que celles qui dénoncèrent les carences du rouge, le SAMU de Créteil fut le seul à mettre en circulation un fourgon "jaune citron tirant sur le vert,

---

(165) Synthèse dans A. Horb et J.-E. Martineau, op. cit., p. 48/65. D'après J. Mallet, op. cit., p. 22, la remise en question du rouge aurait pour origine la concurrence entre les deux principaux constructeurs américains de matériel d'incendie, et l'initiative de Ward La France qui, en 1974, s'adressa au cabinet de publicité Shaw Elliot à New-York. D'où l'idée de changer la couleur, et la mise à contribution de travaux du Dr. Stephen S. Solomon, lequel avait conclu à la grande supériorité du "lime yellow green" pour assurer la visibilité des véhicules.

(166) Par exemple : *Face au risque*, n° 150, février 1979 : "Des véhicules de secours jaune citron", p. 19/20 ; *Sécurité civile et industrielle*, n° 295, mars 1980, "la couleur des véhicules de secours", p. 22/23 ; idem, n° 315, janvier 1982, p. 43/45 ; *Le Sapeur-Pompier*, n° 720, mars 1981, "À propos de la couleur et des avertisseurs des véhicules d'interventions", p. 7.

(167) Ces habitudes chromatiques ont en effet induit tout un système de répartitions fonctionnelles, sur lesquelles il est très difficile d'intervenir et qui vouent leur exportation à d'imprévisibles déboires. Pour une vision internationale de la question, on consultera J. Mallet, *Les véhicules d'incendie dans le monde*, Paris, E.P.A., 1981, 224 p. La couleur jaune, sauf à entrer dans le détail des nuances, était déjà doublement "marquée" en France : adoptée, depuis mai 1962, pour les voitures des P.T.T. - mais ce n'est guère qu'au début des années 70 que sa généralisation est effective -, elle a aussi été préférentiellement affectée aux véhicules de chantier, et donc associée plutôt à la "progression lente" ! C'est sans doute pourquoi il n'a jamais paru surprenant que les matériels d'intervention des sapeurs-forestiers, chargés de protéger les chantiers de forestage, fussent, eux, de couleur jaune.

(168) Article cité, *Sécurité civile et industrielle*, 1980, p. 22 : "On ne considère la couleur que sous l'angle de l'esthétique. Pourtant, cette dernière a un rôle complémentaire à celui des avertisseurs et gyrophares, dont l'utilisation fait surgir un certain nombre de problèmes. Le son des avertisseurs est dévié et réfléchi par tous les objets de l'environnement <..> ; c'est-à-dire qu'un automobiliste ne peut distinguer que difficilement d'où viennent les sons quand il les entend. Le problème est encore aggravé par la bonne isolation acoustique de beaucoup de voitures modernes roulant fenêtres fermées, et avec, en plus, une radio souvent bruyante. Les gyrophares ont une efficacité restreinte pendant le jour, car ils souffrent de l'effet des réverbérations brillantes du soleil, qui diminue le contraste du phare par rapport à l'environnement. La nuit, un problème différent apparaît : dans les rues où les publicités lumineuses abondent, le gyrophare risque de ne plus être distingué valablement".

(169) À la fin des années 50, M. Déribéré souhaitait vivement, pour les ambulances, l'établissement d'une couleur spécifique, sur le modèle justement du rouge des sapeurs-pompiers. Voir *La couleur dans les activités humaines*, Paris, Dunod, 2e éd. 1959 (1ère éd. 1958), 351 p. ; p. 324.

(170) M. Brusatin, op. cit., p. 80.

luminescent" (171). Il semblerait donc bien que, là encore, la réglementation ait assumé, bon gré mal gré, une charge symbolique coutumièrement constituée : mais c'est que l'information, la communication, passent par des vecteurs plus subtils que la simple différenciation.

La double croix bleue, en revanche, semble relever d'un processus d'élaboration plus original. Elle joue sur la référence au symbole de la Croix-Rouge, mais non sans le soumettre à une double distorsion : chromatique et morphologique. Imaginé dès 1863, le fameux "signe distinctif pour le corps sanitaire de toutes les armées" (172) devint si vite synonyme de secours médicalisé qu'en 1913, il fallut l'intervention du législateur pour réserver à la Croix-Rouge l'exclusivité de l'emblème. Les pharmaciens, qui s'en servaient comme d'enseigne, la remplacèrent par la croix verte que nous connaissons aujourd'hui (173). Sur la carrosserie des ambulances, la continuité symbolique, pour être moins immédiatement apparente, n'en est pas moins effective. Non seulement parce que le bleu s'oppose fortement au rouge dans la structuration traditionnelle des couleurs, et peut donc l'évoquer par contraste, mais encore parce que l'insigne de la Croix-Rouge reproduit, en les inversant, les couleurs du drapeau suisse. Or la double croix bleue se modèle sur le dessin conventionnel d'une espèce de cristal de neige : par le biais de cette allusion à la montagne, elle retrouve implicitement les harmoniques de la Suisse, et de l'air pur qui en fit un pays d'élection pour les sanatoriums - qu'on pense à *La Montagne magique* -, lesquelles ne furent sans doute pas étrangères, déjà, à son succès en tant qu'emblème sanitaire. Pour les véhicules de secours médical, le choix de cet insigne est heureux, dans la mesure où, connotativement, sont mises en œuvre les thématiques euphoriques de l'élévation - sauver, c'est aider à "remonter la pente" - et de la ventilation - sauver, c'est aussi empêcher l'émission prématurée du "dernier souffle" (174). Mais, en même temps, on remarquera que la double croix bleue tend à suggérer, comme seul paradigme de drame corporel, celui de l'accident de montagne : or on s'y blesse et tue en général tout seul, à la suite de risques pris délibérément, et la socialité peut y être perçue exclusivement comme entr'aide. Il est assez significatif que, pour mettre surtout en valeur l'aspect rassurant du secours, l'insigne laisse de côté la terrifiante spécificité des accidents de la route, savoir qu'on risque constamment de causer à ses semblables des dégâts corporels et d'être leur victime, sans le vouloir, sans les connaître.

Au total, voilà deux catégories de véhicules de secours qui affichent, par la couleur, des symboles complémentaires : voitures rouges des pompiers, c'est plutôt le côté dramatique de l'accident, ambulances en blanc et bleu, au contraire, le côté plus serein du secours. Ce sont encore, parmi les véhicules d'intervention urgente considérés, les seules carrosseries qui bénéficient, aux yeux du public, d'une faveur sans mélange : vouées de façon exclusive au sauvetage ou à l'assistance médicalisée,

---

(171) Voir *Sécurité civile et industrielle*, article cité, 1982, p. 45 pour l'expérience de Créteil, et p. 43 pour les inconvénients du blanc (couleur qui "n'est pas distincte et se confond souvent, lors de la réflexion de la lumière naturelle sur des surfaces très brillantes <...> ; très mal perçue par temps de neige, de brouillard et de pluie" etc.).

(172) Voir *Cent ans de Croix-Rouge française au service de l'humanité*, Paris, Hachette, 1963, 191 p. ; p. 11/13.

(173) Voir M. Déribéré, *La couleur dans la publicité et la vente*, Paris, Dunod, 1969, II+212 p. ; p. 124 : "Il y eut des récalcitrants jusqu'aux environs de 1954. Beaucoup conservèrent la croix, mais en changèrent les couleurs. On vit des croix bleues, jaunes, vertes sur fond blanc, des croix rouges sur fonds d'autres couleurs".

(174) Ajoutons que la transposition de la "croix rouge" en "étoile de vie" à la française a bénéficié d'un relais qui donnait un gage d'internationalisme fort prisé en la matière : l'emblème arboré par les carrosseries américaines, canadiennes ou portugaises (voir, par exemple, les instructions du 15 avril 1974, Ministère fédéral des transports des U.S.A., Administration de la Sécurité routière, Services médicaux d'urgence). Seule différence : la croix bleue à six branches ne porte pas, en son centre, de caducée.

elles suscitent chez les conducteurs des réactions de respect et de coopération qui vont couramment au-delà des strictes exigences légales. On ne saurait en dire autant des deux autres catégories, représentées par les véhicules de la police et ceux de la gendarmerie : avant tout perçues comme les carrosseries du maintien de l'ordre, elles ont eu besoin qu'on insistât spécialement sur les aspects secourables de leurs missions. D'où - mais le phénomène date d'une quinzaine d'années tout au plus - un interventionnisme dans le choix des couleurs, qui manifeste la volonté de gommer des connotations par trop répressives.

Le bleu azur adopté depuis peu par la gendarmerie est venu éclaircir le traditionnel bleu marine, comme le blanc tricolorisé des véhicules de police l'a fait, plus nettement encore, pour le noir ou le bleu. On ne reviendra guère sur ces teintes foncées, sinon pour rappeler qu'elles ont historiquement contribué à la "délimitation d'une zone de marginalité" (175) et qu'à l'instar de ce qui se produisit, à partir du XVe siècle, pour le noir vestimentaire (176), cette austérité n'allait pas sans connoter également des privilèges. La couleur spécifique des voitures et motocyclettes de la gendarmerie est contemporaine, on l'a vu, de l'expansion sans précédent prise par les missions de prévention et de sécurité routières. Or l'intensité du contrôle et la nécessité des conseils sont tout particulièrement requis - et médiatisés - au moment des "vacances", lorsque la hâte, la foule et la chaleur multiplient et aggravent les accidents. Est-ce à cause du ciel d'été, ou des rivages méridionaux vers lesquels se ruaient les voitures, que l'arme a azuré son blason ? Quoi qu'il en soit, les nouvelles carrosseries s'inscrivaient dans une stratégie routière qui visait à faire intérioriser aux conducteurs le fait que les gendarmes étaient là avant tout pour protéger leur vie, et, pourquoi pas, leur rappeler que la prudence seule permet de mener à leur terme les voyages entrepris sur l'asphalte de "la Route Bleue" (177).

Les véhicules de police, eux, ont opté à la fois pour un éclaircissement radical - le blanc - et pour un décor qui retravaille la trichromie du drapeau national. Les responsables interrogés donnent pour l'adoption du blanc des raisons de sécurité - les carrosseries sombres, mal visibles la nuit, auraient été à l'origine de nombreux accidents - et, assez évasivement, invoquent une "amélioration de l'image" : "plus discret", "plus moderne", voire "plus dynamique". On ne craindra pas d'insister : dans le contexte d'une revalorisation politique dont la nécessité devenait pressante, les nouvelles couleurs symbolisaient avec vigueur l'identité d'une police "propre", et d'une police "de tous les Français". L'euphémisation des menaces de répression en virtualités de secours est également manifeste : d'une part, une carrosserie blanche qui apparente quelque peu les voitures aux ambulances, et d'autre part l'exhibition des couleurs nationales, mieux aptes à susciter des comportements tout empreints d'adhésion civique. Bref, une tôle délibérément pacifiée (178), et harmonisée, au bout du compte, avec l'état d'esprit qui ne doit pas quitter, au cours de leurs patrouilles, les "gardiens de la paix".

Voilà donc les couleurs arborées aujourd'hui par le quatuor du secours routier : description idéale, s'entend, qui fait, pour la commodité de l'exposé,

---

(175) M. Brusatin, op. cit., p. 31.

(176) Voir, par exemple, L. Trichet, *Le costume du clergé*, Paris, Cerf, 1986, 245 p. ; p. 95/117.

(177) "La Route Bleue, Londres-Paris-Côte d'Azur en autocars de luxe", était déjà vantée sur une affiche de Cassandre (1929) consacrée au tourisme automobile (reproduction dans P. Saka, J. Menu et J.-P. Dauliac *Histoire de l'automobile en France*, Paris, Nathan, 1982, 191 p. ; p. 81). En contraste, le Dr. Ch. Plandé évoquait "la route rouge, bordée de blessés et de morts" qui "s'allonge désespérément chaque semaine" (*Physiologie de l'automobiliste*, chez l'auteur, Casablanca, 1954, 216 p. ; p. 196).

(178) Dans la thématique routière, le caractère pacifiant du blanc a été, quoique de façon différente, bien mis en valeur par les opérations "drapeau blanc" (Toussaint 1988, Pâques 1991) : symbole d'une trêve imposée aux accidents, cet emblème de tissu blanc était explicitement médiatisé comme visant à instaurer la paix sociale.

abstraction des arythmies auxquelles sont soumises les rotations de tous ces parcs automobiles importants et coûteux (179). Mais passage en revue suffisant pour saisir les tendances qui règlent aujourd'hui, sur des carrosseries "sensibles", le "jeu aimable et tragique des couleurs" (180). Il s'en dégage un triple enseignement : les héritages chromatiques tenus pour symboliques résistent à l'élimination, mais font aussi bien le lustre de nouveaux nuanciers idéologiques ; la percée, à l'époque contemporaine, d'un nouvel ethos sanitaire se donne à voir également dans l'euphémisation des teintes associées aux emblèmes de l'ordre ; enfin l'estampille de l'aspect "officiel" - porte-respect dès longtemps éprouvé - se matérialise pleinement, désormais, par les trois couleurs nationales, dont le registre "patriotique" s'est élargi jusqu'à signifier les droits et les devoirs de la solidarité citoyenne "ordinaire" (181). En somme, ce que l'œil trichromatique des automobilistes français, en cette fin de XXe siècle, est invité à ausculter régulièrement sur les routes, pour mieux obtempérer aux consignes, c'est une lutte de vitesse engagée avec la mort accidentelle - ce fléau national qui met au défi la devise de fraternité - et l'impérieux drapeau d'hémorragies, de cyanoses et de blêmissements que brandissent les véhicules équipés pour saisir le vif au bord de l'agonie.

2.2. Identitôles

"L'habit ne fait pas le moine, mais la profession" (182), la tôle ne fait pas le rôle, mais la présomption. Et la couleur l'y aide puissamment, quand on l'emploie à manifester en permanence des potentialités de hiérarchies circonstancielles, comme c'est le cas, justement, avec les véhicules d'intervention urgente. Or les marqueurs associées, sur des mobiles, à des privilèges, même occasionnels, de mobilité, ne manquent pas de favoriser les phénomènes d'extrapolation juridique : à la seule vue des couleurs qui évoquent le drame, le pied du conducteur ne pèsera pas de la même façon sur l'accélérateur ou le frein. De là aux expansions sociurgiques qui se greffent, beaucoup plus hardiment, sur ces perceptions coutumières, la route jurissémiologique contraint à "négocier", comme on dit, quelques virages supplémentaires.

En effet, le soin communément apporté à la colorisation des véhicules, qui constitue la plus grande partie de leur embellissement, ne peut être rapporté au seul plaisir que représente la possibilité de les contempler, rutilants, à l'arrêt, au garage ou sur le parking. Aux yeux intérieurs de qui la conduit, la voiture ne devient pas incolore dès la portière claquée, et son chromatisme ne se réduit pas non plus à la plage de capot étendue du pare-brise au radiateur, seule partie de la carrosserie encore visible par le conducteur. Les occupants sont en voiture comme les voitures sont en couleur. Être en voiture c'est, autant qu'à pied, s'engager parmi les autres comme dans un tableau vivant, et s'efforcer encore d'y être motif plutôt que tache, avec ceci de différent que le véhicule va, presqu'à lui seul, assumer la mise en présence visuelle, courir la chance ou le risque d'être bien ou mal vu, de faire bien ou mal voir. Sans doute est-ce l'un des signes qui montrent à quel point la projection de nos attitudes corporelles en un espace intérieur qui les vérifie pour nous, et que les perceptions des autres démentiraient en un instant, passe intégralement du corps à ce avec quoi il fait corps, par la grâce d'une transitivité toute spontanée. Voilà qui explique partiellement les erreurs de conduite commises malgré une compétence démontrée : la voiture lancée à pleine vitesse finit par rouler sur une voie de plus en

(179) C'est ainsi qu'on croise encore fréquemment des voitures pies dans les rues parisiennes.
(180) M. Brusatin, op. cit., p. 96.
(181) Dans le sens que lui donne P. Pharo *Le civisme ordinaire*, Paris, Méridiens, 1985, 236 p.
(182) Phrase vraisemblablement prononcée par Innocent III, recueillie dans les *Décrétales* de Grégoire IX et insérée dans les *Institutes Coutumières* de Loysel.

plus privée, privée bientôt, d'ailleurs, de tout ce qui fait, pour la conscience objectivante, une route réelle, jusqu'à ce que l'imprévisible, le visible imprévu, renvoie d'un coup conducteur et machine à la dureté nue de cette banlieue du monde que l'on appelle, avec une pertinence instinctive, le décor, là où le drame devient obscène. D'un porc que l'on menait au marché, les scolastiques, dit-on, disputaient, pour savoir si, tirant sur la corde dont son propriétaire tenait l'autre bout, ce n'était pas, aussi bien, l'animal qui conduisait l'homme. Peut-être pourrait-on, sans rire, s'interroger aussi sur la nature du véritable conducteur du véhicule : celui qui tient le volant, ou bien l'image qui se cristallise en lui, et presque dans son dos, d'un complexe chauffeur-véhicule dont il n'est, lui, plus qu'un fragment ? Dans ce transfert de souveraineté partiel, mais efficient, la couleur joue le rôle décisif d'interface entre ce qu'on sait de l'automobile, pour l'embrasser du regard, tant qu'on veut, à l'arrêt, et ce qu'on en reconstitue en route, comme on peut, quand elle s'engouffre sur la voie privée intérieure, vue non plus depuis le siège du conducteur, mais en une indessinable perspective cavalière. Alors la couleur est l'épithélium de ce demi-rêve, elle est couleur de peau - de cette peau dont Valéry écrivit, un jour, qu'il n'y a rien de plus profond. Qu'il signale ou suggère donc le calme ou la férocité, l'arrogance ou la discrétion, le chromatisme de choix est toujours, par quelque côté, empreint d'urgence, celle de ne pas se perdre de vue au moment où l'on regarde la route, compliquée d'une propension à rejeter le reste vers les alentours, vers le décor. Non qu'il y faille voir une marque de solipsisme : seulement, la colorisation permet de conserver un point de vue éminent, voire triomphal, de soi sur soi, lors même que la translation tendrait à perturber l'ordinaire rétro-projection intime en précarisant notre corporéité.

Réciproquement, l'irruption d'autres véhicules dans le champ vient rétrécir la voie intime en lui imposant la concurrence d'autres circuits intérieurs pressentis, mais circonscrits, ceux-là - car devinés de l'extérieur -, à leur homogénéité chromatique. Chaque survenue d'un tiers signifie donc la chance d'être respecté comme un motif du paysage, par timidité ou circonspection, ainsi que le risque d'être ravalé au rang de tache, par désinvolture ou agressivité, l'appréhension de cette chance ou de ce risque étant pour partie informée par un surgissement coloré toujours surprenant et toujours déjà vu, qui appelle, ici et maintenant, non des "ailleurs" et des "autrefois", précisément identifiables et descriptibles - c'est-à-dire d'anciens "hic" et "nunc" juste indexés comme tels, dûment catalogués -, mais des "quelque part" et des "un jour" immédiatement fondus et réinvestis dans l'expérience présente. Car l'automobile de l'autre est bien toujours le même "datum", qui s'en vient renaître au creux d'une aventure où la surprise, indéfiniment réitérée, est infiniment connue, pas vraiment prévue, mais très certainement pré-vue. Voilà pourquoi il convient de distinguer clairement la fonction et l'effet des couleurs automobiles : autant le lien entre les deux obéit forcément à des calculs quand il s'agit du parc officiel ou institutionnel, autant il est susceptible de refléter des calculs et/ou des instincts lorsqu'on passe de cette zone restreinte à l'immensité du parc privé. Mais cela ne signifie pas non plus que le lien réfléchi et résolu soit totalement maîtrisé ou maîtrisable, confectionné qu'il a été sur des habitudes ou des réflexes dont la raison s'estompe avec le temps et nous apparaît trouble, ni que l'autre lien échappe intégralement à l'analyse, du fait qu'il n'est pas textuellement fondé, relié à un réseau au moins synchronique de manières de faire, en un mot de "conduites". À cet égard, la mise en relation de l'un avec l'autre s'avère être le passage obligé de leur description respective, si l'on désire en obtenir autre chose qu'un nuancier désincarné, étalé pour lui-même. N'est-ce pas là, d'ailleurs, redonner son sens profond au mot "urgence", qui est compression, poursuite opiniâtre, acte de contact enfin ?

2.2.1. Auto-satisfactions

Ce n'est pas aux enfants de l'automobile de masse qu'il faut faire savoir quelle intense mobilisation affective accompagne le choix d'une couleur de voiture. Dans les discussions familiales passionnément tendues, un jour ou l'autre, vers cet événement-clé (183), beaucoup auront puisé le désir d'exercer sur leur(s) propre(s) voiture(s) le pouvoir de cette décision-là, tant elle leur semblait devoir matérialiser une spécificité possessoire, et même une facette décisive de leur identité automobilistique. Cette intuition perdurera, bien au-delà de leur majorité motorisée, et il suffit pour s'en convaincre de considérer l'importance qu'ont prise, chez les grands constructeurs, ces studios dits "Couleurs et matières", ou le soin que mettent aujourd'hui les firmes à se faire un nom chromatique (184). Les stylistes, inlassablement, ajustent de nouveaux nuanciers aux fantasmes qui fondent ces rapports essentiels, et si tôt pressentis, de l'auto et de la couleur. Sans doute faut-il donner toute leur force aux constats de la biologie (185), pour comprendre que la carrosserie, porteuse de vivants et menace de mort, parure prête à se muer, dans l'accident, en tunique de flammes, favorise plus que d'autres objets l'appréhension dramatisée des teintes. D'où les recherches naguère consacrées à promouvoir des couleurs pourvoyeuses de sécurité (186), d'où aussi leur flagrant insuccès : c'était vouloir faire, un peu vite, une thérapeutique d'un symptôme. D'où aussi les tâtonnements - mais promis à quel avenir ? - de quelques compagnies d'assurances, qui cherchent à convertir en chiffres une graduation chromatique établie à partir des constats d'accidents. Il est certain qu'en ce domaine la sensibilité aux couleurs met en jeu beaucoup plus qu'une vision du monde : une vie dans le monde. Autrement dit, l'auto-satisfaction chromatique, telle qu'on l'entendra ici, intègre à des effets d'auto-portraits, trop souvent et trop complaisamment soulignés, la perception très ordinaire d'un rapport angoissé à l'activité de la conduite, et la quête d'une vérité - vitale vs léthale - de la voiture. On tentera de le montrer en s'arrêtant quelque peu sur une triple monochromie : le blanc, le rouge et le bleu, qui, dans cet ordre, occupent actuellement les premières places au hit-parade de la popularité des couleurs de carrosseries.

Organisé en fonction de deux séries officielles au moins - c'est la couleur des gendarmes, c'est aussi celle qui est réservée à la France dans les codages nationaux employés pour la F1 (187) -, le bleu des voitures particulières se concentre surtout dans les options métallisées. La vérité profonde du métal, non moins que le gris,

(183) On pense évidemment à l'achat d'une voiture neuve : la possibilité de choisir la couleur est appréciée comme un espace de liberté, non seulement par rapport à l'achat d'"occasion", mais aussi par rapport aux contraintes budgétaires, qui imposent souvent la marque et le modèle ; or la qualité de peinture liée à l'obtention de certaines couleurs peut aussi conduire à des options plus ou moins onéreuses.

(184) Voir, par exemple, *L'Automobile Magazine*, n° 511, janvier 1989, p. 75/79, l'article de Daniel Nacass : "Hissez les couleurs" (rubrique "Style") ; p. 78/79, on apprend quels efforts Citroën a déployés pour faire associer le rouge et le double chevron.

(185) Voir S. Tornay, "Perception des couleurs et pensée symbolique" in *Voir et nommer les couleurs*, Nanterre, Laboratoire d'ethnologie et de sociologie comparative, 1978, LI + 680 p. ; p. 609/637. Notamment, p. 620 : "Couleurs et processus vitaux sont indissolublement liés : qu'on songe au rôle capital de la chlorophylle et de l'hémoglobine".

(186) Voir ci-dessus, notes 165 et 171. *L'Automobile Magazine*, article cité, y consacre un encart, p. 77.

(187) D'où le succès des carrosseries bleu vif, depuis la 301 Peugeot de 1934 (affiche publicitaire reproduite in *Histoire de l'automobile en France*, op. cit., p. 89 : on notera que la femme au volant arbore un foulard bleu-blanc-rouge) jusqu'aux petits bolides R 8 Gordini des années 60/70. Traduction médiatique : la "turbotraction", voiture d'avant-garde dans les albums *Spirou* des années 50, est de cette couleur. Rappelons que le bleu-gendarme actuel a finalement effectué la synthèse chromatique entre le bleu marine traditionnel et ce bleu rallye (voir ci-dessus, note 139).

c'est le bleu-acier, et le bleu n'apparaît jamais si bleu que lorsqu'il fait affleurer la masse métallique dans la couleur de surface. Extrait de ses parentés possibles avec le "bleu de travail", voire le "bleu de chauffe", le bleu métallisé camoufle une fragilité flagrante - c'est une peinture sur laquelle les raccords sont voyants, et qui souffre d'un vieillissement peu flatteur - sous l'appel aux connotations "fortes" du métal (188). Grâce à lui, la carrosserie devient une sorte de blindage lustré, qui annule idéalement la réalité d'une feuille de tôle que le moindre choc plie ou enfonce. Il pérennise la voiture, repousse imaginairement la corrosion et l'accident, et fait briller la conduite, le tout sans agressivité excessive, en endormant la friabilité de l'automobile de grande série dans un souvenir de paradis industriel, du temps que les caisses étaient solides, les tôles plus épaisses (189). Le bleu métallisé opère également la transition entre d'une part la famille de l'urgence chromatique, et d'autre part celle des autres teintes métal, et notamment le gris, souvent malaisé à distinguer du bleu. Il s'apparente à des teintes ciel qui renvoient plus ou moins nettement à l'aspect des aéronefs, aux métaux rares de la haute technologie, et en définitive à un perfectionnement industriel qui tend à affranchir de certaines contraintes ordinaires, et à faire survoler le bitume en dehors de tout effet d'"aqua-planing" (190). Ainsi, la métallisation des teintes ouvre-t-elle la possibilité de passer des bleus traditionnels, plutôt sereins, à des bleus dramatiques - comme le "bleu orage" -, dans lesquels affleure la toute-puissance jovienne (191). Enfin, le bleu-métal vitrifie les surfaces et, en les rendant plus réfléchissantes, surnourrit le fantasme d'un habitacle irradiant, autre forme du rêve d'un pouvoir à la fois caché et éclatant (192). Bref, la foudre fait un arc symbolique avec l'atome, le ciel devient cobalt. L'aventure chromatique du bleu le fait donc cheminer de la tendresse, de l'innocence, et de l'Eden estival (193), à l'énergie implacable que l'on devine, sans la comprendre, sous les piscines des centrales nucléaires.

Le fantasme de protection se trouve encore renforcé dans l'adoption des carrosseries blanches, couleur que les années 50/60 ont cassée volontiers en "blanc crème" (194), ou mêlée aux teintes pastel dans le bicolorisme qui fut alors très à la mode. Les arguments utilitaires ne manquent pas, qui portent au crédit du blanc la simplicité, la visibilité, la facilité d'entretien - c'est la peinture idéale pour faire des raccords insoupçonnables, et qui n'exige pas de trop fréquents lavages - enfin, des

---

(188) Connotations aisément repérables dans d'autres secteurs : qu'on pense, par exemple, aux ustensiles "Tefal gravé(s) dans le métal", aux bandes "audio-métal", ou au "rock métal" (au-delà du "hard").

(189) Cet effet-nostalgie est historiquement déductible des premiers récits qui mettent en scène l'automobile et qui insistent sur la qualité de l'acier destiné au châssis : ainsi, par exemple, dans *La 628 - E 8* d'O. Mirbeau, (1908).

(190) On remarquera que les autos-tamponneuses des foires, outre qu'elles sont de couleurs vives, sont systématiquement métallisées, leur carrosserie fût-elle de plastique, et que, de ce point de vue, elles ne se distinguent pas des avions de manège. Signe que l'apparence-métal renforce l'habitacle et le tire vers le haut. Le rôle incitateur des carrosseries de F 1 - un monde automobile suspendu entre ciel et terre - est, là aussi, certainement déterminant. Loin de la chauffe, le chauffeur devient un pilote. Rappelons que la Porsche 1500 RS dans laquelle James Dean trouva la mort le 30 septembre 1955 était de couleur "gris-argent".

(191) Par exemple, à la fin des années 80, la Ford "Orion" apparaissait dans un spot publicitaire qui, sur fond de création du monde, la disait "née de la foudre" ; par contamination, on pensera aussi aux "accus Fulmen", etc.

(192) Cela n'est pas sans relation avec la mode des lunettes-miroirs, objets typiques de la séduction qu'engendre, comme surenchère au plaisir de voir sans être vu, la satisfaction de mettre autrui mal à l'aise.

(193) Comme en témoignaient, par exemple, les noms des teintes bleues successivement disponibles pour la 4 CV Renault, qui fut, entre 1947 et 1960, "la préférée de Marianne" (voir *Auto-Retro*, n° 129, mai 1991, p. 46/56) : "bleu Provence" (1949), "bleu Rouen" et "bleu lavande" (1953), "bleu Ile-de-France" (1956), "bleu Dauphine" et "bleu pervenche" (1957), "bleu Méditerranée" (1958).

(194) Ce n'était pas, comme on pourrait l'imaginer, pour éviter la confusion avec la couleur des ambulances, puisque celles-ci, à l'époque, étaient précisément "crème" (voir ci-dessus, note 156).

qualités d'isolation thermique particulièrement appréciées des automobilistes méridionaux. C'est sans doute plus qu'il n'en faut pour que de si nombreux conducteurs veuillent célébrer, avec leur voiture neuve, en tôle immaculée, des noces éternelles. L'historien n'en remarquera pas moins que le blanc est comme le blason chromatique de la petite bourgeoisie, et qu'il accompagne l'accession des classes populaires au "standing" enfin plus élevé des années 60 (195). Il connote le "chic", le "propre", le "juste milieu", et surtout il est senti comme "indémodable". Le blanc est la négation du moteur et de ses salissures, il accomplit le rêve de la voiture habitable, salon mobile, dont les rouages noirs sont strictement cantonnés sous le capot. Échappée des contingences mécaniciennes, la carrosserie blanche permet d'exhiber un équivalent "prélavé" de la couleur de vêtement qui pourrait coûter le plus cher en teinturerie. L'idéal bourgeois est en blanc, qu'il s'agisse du pain, de la robe de mariée, ou du "col" qui symbolise secteur tertiaire et urbanité. Cette couleur dit encore la candeur et l'innocence automobilistiques du "bon père de famille" installé au volant, et son obsession de l'asepsie - négation de la graisse, de la sueur, de la pauvreté, du sang, au profit de l'ingénierie ; la connotation ambulancière - à supposer qu'elle ne soit pas largement effacée depuis l'introduction de la double croix bleue - n'est donc pas si gênante, à l'heure où l'hôpital n'est plus l'hospice, où l'on peut penser qu'on emporte moins des mourants au mouroir que des accidentés vers une technique de réparation corporelle sophistiquée et le plus souvent gratuite qui, par cet aspect financier, s'avère encore être une opération blanche.

Quand, enfin, le fantasme de protection se trouve surrenforcé, il vire à l'agressif et conduit l'automobiliste à voir rouge. Depuis les années 60, en France, la carrosserie écarlate, qu'on voit de préférence en coupés (mode italienne) ou cabriolets (mode anglaise) (196), connote si bien le sport, que les modèles de limousines "haut de gamme" évitent encore cette teinte (197). Pourtant, la vogue du rouge automobile a été longtemps retardée, en raison d'un double faisceau de connotations : les pompiers, bien sûr, mais aussi le communisme. On a hésité à rouler en rouge surtout pour la deuxième raison, parce que l'automobiliste français est peu enclin à porter le drapeau de l'action collective anti-bourgeoise, et qu'au fond, avoir une voiture rouge, c'était être en contradiction avec cette idéologie ; grâce au jeu des associations toute faites, n'attendrait-on pas plutôt d'un "rouge" qu'il emprunte les transports en commun ? Puis, à partir du "phénomène GTI" (198), amorcé par le succès de la Golf en 1976, mais déjà préparé avec les petits véhicules provocants lancés, par l'Allemagne des années 60, sous la marque NSU, le rouge est devenu une sorte de transgression autorisée, un éternel feu rouge (pour les autres) en mouvement. Il connote l'affirmation du danger accepté, bravé, recherché, dominé, et comme un romantisme de l'ex-

(195) La diffusion exponentielle du matériel d'électro-ménager, toujours blanc à l'époque (alors qu'étaient noires les cuisinières en fonte des générations antérieures), couplée avec le battage publicitaire qu'orchestraient les fabricants de lessive, firent de la machine à laver le fer de lance de l'automatisation domestique et, en quelque sorte, l'équivalent, pour la maîtresse du logis, de ce que représentait à l'égard de son époux une automobile dévolue, comme naguère le cheval, à la zone d'activité traditionnellement masculine. Du même coup, la mécanique, électricité aidant, devenait non seulement génératrice de propreté, mais encore non salissante ; comme le garage (quoique moins que lui) , la buanderie se motorisait, et comme la buanderie (quoique moins qu'elle), le garage se faisait propre. Salir moins et laver davantage fut une conquête essentielle de la période pavillonnaire. Dans le même temps, "blanc" devenait, le temps d'une "réclame", un adverbe. De la prédication, le blanc passait à l'action. Le paradigme médiatisé de ce fantasme s'est fait jour, dans la génération "yé-yé", avec la Triumph TR3 blanche que Johnny Halliday étrenna le 15 juin 1961, jour de sa majorité automobile.

(196) Qu'on pense au cabriolet rouge Peugeot 404 carrossé, en 1961, par Pininfarina.

(197) Par exemple, le rouge n'est pas disponible pour la R 25 : voir *Réponse à tout*, n° 13, mai 1991, p. 42/43 : "La couleur des carrosseries".

(198) Il n'est pas indifférent que le "I" de GTI signifie "injection", et renvoie simultanément la voiture aux contextes mécanique et médical. La seringue, instrument à piston, est aussi devenue un instrument ambigu, à mi-chemin du sanitaire et de l'excès mortifère ("overdose").

cès de vitesse : l'infraction a supplanté l'acte révolutionnaire, on ne s'en prend plus à l'ordre bourgeois mais à l'ordre des bourgeois, on ne nargue plus la police de classe, mais celle de la route. Le rouge est ainsi passé du collectivisme à l'hyperindividualisme, et s'est même annexé quelques références de "chic" : le rouge Ferrari, avec sa gamme d'accessoires. Le fond de l'air n'est plus rouge, et pourtant le rouge est mis (199). Dès lors, les conducteurs n'ont plus hésité à profiter de l'avantage conféré par une couleur qui augmente la présence extérieure de la voiture - comme si elle portait au niveau de la carrosserie le miracle du moteur à explosion. Avec elle, on n'est plus en noce - comme avec le blanc -, mais en liesse, en relation de chair à chair. Celui ou celle qui possède une voiture rouge y est comme dans une seconde chair, il (elle) a les nerfs à fleur de carrosserie, il (elle) forme bloc avec elle, et l'habite moins qu'il(elle) ne s'y mélange. D'où peut-être l'ambivalence de la teinte, aussi bien ressentie comme apotropaïque, d'avance protectrice contre l'hémorragie : la voiture rouge, au bout du compte, va s'affirmer comme hypercirculante (200). Elle profite alors, non sans paradoxe, de son apparentement aux véhicules des pompiers, dédiés, eux, à l'urgence loyaliste et altruiste : la conduite égoïste aux dehors rutilants s'arroge ainsi l'apparence d'une raison supérieure, d'une priorité circulatoire cachée, et d'autant plus pressante.

2.2.2. National-chromatisme

L'attraction qu'exerce le tricolorisme officiel sur nombre de nos concitoyens provoque, en retour, une attraction de cette symbolique en dehors de sa zone d'usage obligée. Pour concerner tout le monde, acteurs et témoins, semblable tendance n'est que fort peu le fait des simples particuliers, sauf manifestations bien connues d'un patriotisme de circonstance - rencontres sportives (201) - ou plus fondamental - habitations (202). Ce sont donc essentiellement les entreprises privées qui fournissent le lot d'observations auxquelles rattacher une culture - et non forcément un culte - du bleu-blanc-rouge automobilistique en liberté. Les exemples ne manquent pas : citons, dans un désordre obligé, la Brink's (convoyeurs de fonds), les produits pétroliers Fina, les magasins "But", les engins J.-Cl. Decaux (entretien du matériel urbain), les storistes de France, et l'écurie Ligier (203), pour ne mentionner que quelques-uns des plus connus. Sans oublier les véhicules des magasins Carrefour et ceux de l'École de Conduite Française, qui feront ci-après l'objet d'un examen plus détaillé. Mais il faut auparavant définir un cadre à l'investigation descriptive, ce qui ne peut être fait sans prise en compte de deux éléments essentiels, l'ordre des couleurs (204), et la forme qui est conférée à chacune d'elles, soit dans un

(199) De l'union dans les luttes filmée par Chris Marker (1977), on retourne, en amont, au chacun-pour-soi dont le film (policier) de Gilles Grangier (1957) n'est qu'une illustration parmi d'autres. Emprunté au langage des turfistes, "le rouge est mis" signale que les jeux sont faits. La voiture montre peut-être mieux qu'aucun autre objet combien la pratique empirique du pari mutuel (au sens large, chacun misant sur le comportement d'autrui) a éliminé, dans les faits, la mise en pratique (théorique) de la lutte des classes (au sens strict).

(200) On trouvera une confirmation récente de cette équivalence psycho-sociale dans un slogan publicitaire destiné à vendre des séjours de sik : "Le rouge, c'est quand ça bouge" (campagne d'affiches multicolores U.C.P.A., "le sport sous toutes ses couleurs", novembre 1992).

(201) On voit actuellement se développer, chez les supporters nationaux, la mode de se barioler le visage en drapeau - chose plus simple pour les Français que, par exemple, pour les Américains.

(202) Il existe ainsi depuis les années 60, à Sanary-sur-mer (Var), une villa "La Gauloise" dont le nom, inscrit en fer forgé, est soigneusement peint aux trois couleurs. Devant la façade, un mât pour le pavillon. Notons que la période de construction correspond à la diffusion des premiers albums d'*Astérix*, ainsi qu'à la fin de la décolonisation.

(203) Seule écurie de Formule 1 intégralement française, et régulièrement accusée de ne devoir sa survie qu'à la sympathie des pouvoirs publics.

(204) On laissera de côté les questions de nuance chromatique (bleu marine ou bleu-roi), rendues ici très secondaires par le rapprochement des trois couleurs. Détail historique peu connu : le peintre et

groupement lettriste, soit dans un logo plus graphique. Et dans la mesure où seule la séquence bleu-blanc-rouge, en surfaces - lettres ou dessins - explicitement rapprochées et normalisées, est directement évocatrice du drapeau, on pourra distinguer parasitages directs et indirects.

Les premiers ont toutes chances d'être les plus rares, pour des raisons qui tiennent à la protection juridique de l'emblème national (205). On peut considérer comme négligeables les petites querelles de drapeau qui, éventuellement, dissuaderaient des entrepreneurs de s'immiscer dans un symbolisme où l'élément public serait masqué par des professions de foi politiques, voire politiciennes. Le tricolorisme publicitaire direct est plutôt un avantage, si l'on considère qu'il permet, de façon toute classique et sans contorsion inventive, de signaler une entreprise française bien consciente des enjeux intérieur et extérieur, lucide sur l'intérêt qu'elle trouve à relayer un discours officiel portant sur la nécessité d'une production et d'une consommation françaises, y ajoutant la tradition d'une qualité française, d'un service après-vente proche de la clientèle, l'idée d'un produit - on dit même un "concept" - étudié en fonction des habitudes et des impératifs du marché intérieur, sous-entendant enfin que la maison est animée par une équipe française, c'est-à-dire libre de tout soutien extranational douteux, et affranchie de formes de rapports salariaux qui contreviendraient aux usages hexagonaux (206). Le tricolorisme indirect, lui, est plus difficile à saisir, car il ajoute aux caractères propres à chaque cas une connotation des éléments en jeu dans le tricolorisme publicitaire direct, alors que l'inverse n'est pas vrai. En effet, la dispersion et les variations des surfaces colorées, compliquées d'un aspect tiercé chromatique dans le désordre, provoque une déhiscence du feuilletage nationaliste, l'ouvrant sur certains tricolorismes étrangers fort célèbres : Pays-Bas, bien sûr (207), mais aussi et surtout Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique, soit la quintessence du monde anglophone et de la production-consommation de pointe. Cela implique qu'un tricolorisme indirect, en défaisant l'agencement typique des couleurs nationales, n'est pas sans établir des liens avec des drapeaux dont le particularisme tient à davantage qu'à un agencement dans l'ordre de lecture gauche-droite (208). Les trois couleurs sont alors comme remises en jeu, et connectées à un internationalisme occidental vernaculaire. Il peut en résulter une façon de franco-américanité au sein d'un contexte commercial doublement marqué par la langue anglaise (209) et la culture d'entreprise "à l'américaine" (210). D'une combinaison d'éléments en compétition et même volontiers conflictuels - la France, l'Europe, et l'un de leurs grands concurrents planétaires -, il émerge alors un franglais chromatique qui prend acte de la pénétration irréversible de l'hexagone par un genre anglo-saxon définitivement acclimaté. Dans cette perspective, on s'attardera

---

conventionnel David a arrêté (27 pluviôse an II/ 15 février 1794) l'ordre définitif des trois couleurs, agencées auparavant rouge-blanc-bleu, car "pour l'esthétisme, le bleu doit être attaché à la hampe, le blanc situé au milieu, le rouge flotter dans les airs".

(205) Voir la circ. int. n° 87 du 1er mars 1961 sur l'usage abusif des couleurs nationales : "L'utilisation des couleurs nationales par des organismes privés qui tendent à laisser croire au public qu'ils appartiennent ou sont rattachés à l'Administration constitue une infraction à l'art. 144-2° du Code Pénal". On a déjà signalé à quel point l'affichage du tricolore sur les carrosseries policières visait à pointer délibérément cet aspect de "service public".

(206) Qu'on pense aux murmures tout récemment suscités par les manières patronales qui ont cours, dit-on, au Disneyland de Marne-la-Vallée.

(207) Ce qui, à l'heure de Maastricht, n'est pas négligeable.

(208) L'existence, un peu plus marginale, des cocardes, amoindrit par exemple la différence entre les symboliques française et anglaise, même si les positions respectives du bleu et du rouge sont inversées.

(209) Marketing, packaging, merchandising, leasing, etc.

(210) Voir, entre autres, la pratique des "soldes à l'américaine" (en une semaine, jour après jour, la remise augmente et le choix diminue, sous l'effet des achats, mais aussi du retrait, par le commerçant, des marchandises les plus convoitées).

donc sur deux enseignes françaises qui, appartenant à l'une puis à l'autre des deux familles sus-évoquées, peuvent aider à en saisir les subtiles spécificités.

Les auto-écoles franchisées "École de conduite française" se signalent par le regroupement, dans un cartouche, des lettres ECF en bleu, blanc et rouge - dans cet ordre ; les caractères et les corps des lettres étant rigoureusement identiques, la réutilisation du tricolorisme national est tout à fait directe. L'effet recherché ou obtenu peut être décrit selon deux plans très distincts. On reconnaît d'abord l'ambition de conférer aux activités de l'entreprise, voire à l'entreprise elle-même, un caractère autorisé, à la lisière de l'officiel, et qui correspondrait assez bien à l'acception de l'"officieux", si justement les instances officieuses ne se caractérisaient pas par l'absence de tout emblème officiel. Nul besoin d'insister sur le prestige attaché à l'élément tricolore dans l'ensemble du réseau routier : quand l'ordre républicain roule, il peut le faire très vite - par dérogation, tolérance, ou habitude - et il a la réputation de le faire bien - police et gendarmerie possédant leur propre système d'éducation routière, à usage interne. Ainsi voit-on une auto-école privée se rapprocher d'une part d'un label de quiddité reconnaissable entre tous, quel qu'en soit le support (la puissance publique), d'autre part d'un label de qualité un peu moins évident, quoiqu'assez connu - la formation à l'automobile de ceux qui encadrent, contrôlent, portent assistance en toutes circonstances. Au-delà de cette double connotation, se profile une exploitation intéressante du couple, maintenant très médiatisé, éducation et répression. Dans la mesure où les couleurs nationales ne sont quasiment associées, sur la route, qu'à des tâches ou des expériences répressives abhorrées par les uns et réclamées par les autres, qui sont parfois les mêmes, l'idée peut venir de les faire servir à des fins éducatives, alors que l'État n'assure pas la formation des automobilistes ordinaires, de sorte que l'encadrement autoritaire y trouve un complément valorisant, en ce qu'il confère à ce complément inventé la totalité du sérieux fantasmatique dont est investie une force de l'ordre puissante et perfectionnée. Bref, la "peur du gendarme" est directement raffinée en amour du moniteur, de ce moniteur-ci. En d'autres termes, l'emprunt sémiologique du tricolorisme et son usage direct font accoucher l'élément répression d'une éducation tout à la fois appendiculaire et illégitime, mais ni illégale, ni mensongère : c'est bien le "bon" Code et la "bonne" conduite que l'on apprend dans tous les cas, mais pas mieux, sans doute, que chez le concurrent non tricolorisé, et probablement pas aussi bien que dans les centres spécialisés réservés à certains agents de l'État.

Par ailleurs, la franchise commerciale laisse supposer au consommateur (211) qu'une extension nationale du label privé recouvre une supériorité d'organisation, donc de savoir, susceptible de faire la différence avec les indépendants locaux. De la sorte, il s'engage un processus de fiabilisation territoriale, comme si un contrôle interne à ce type d'entreprise la mettait au cordeau d'une espèce de police - cette fois, dans tous les sens du mot - invisible et rassurante. On découvre là un second volet des effets induits par ce choix tout commercial. Après le côtoiement de l'étatique et du territorial, vient l'élément culturel, lui davantage précisé que les précédents par les mots dont les initiales sont colorisées : l'apprentissage de la conduite routière ici délivré est spécifique - car, au fond, qui irait se prévaloir d'une enseigne marquée d'étrangéité ? - et doit bien dépasser ce qui peut apparaître comme une périssologie trop naïve. On ne conduit pas pareillement en France et dans les pays voisins, sans même parler du Royaume-Uni, ainsi que le montrent assez les statistiques publiées et les observations des touristes. Il y a donc un style français à connaître en tant que

(211) Et pas seulement à celui qui désire obtenir un permis de conduire, mais à tout passant consommateur d'automobile ou de voie publique, c'est-à-dire autant celui qui apprend que celui qui, à défaut de continuer à apprendre, doit au moins ne pas oublier le beaucoup ou le peu qu'il sait, par leçons ou par expérience.

tel, fût-ce pour s'en défier, et l'ECF de bénéficier d'un préjugé inexprimé de mieux-disant culturel. Pareil prolongement imaginaire va plus loin qu'on ne croirait, car il pousse ses racines très au-delà des contenus de savoir purs et simples, dans les profondeurs mal connues, malaisées à étudier, de la civilisation automobilistique et de son folklore infra-légal. À tenir ses engagements ambigus, l'ECF devrait former non seulement ces porteurs de permis que Jean Carbonnier appelle plaisamment des "diplômés en Droit" (212), mais aussi des ethno-sociologues du réseau routier national, frottés par surcroît d'un peu d'éducation "vieille France" - affabilité, serviabilité, galanterie et pointe d'esprit. À sa façon, la tricolore ECF anime un sentiment national composite, qui n'est pas sans rappeler que la traditionnelle querelle éducative du public et du privé, inexistante pour les permis de conduire, ne serait pas, là non plus, dénuée d'aliments.

Le logo de "Carrefour", pour l'heure cinquième entreprise française par le chiffre d'affaires, est sans doute le plus répandu de tous ceux qui reprennent le tricolorisme national. Il le fait indirectement, et pour trois raisons : le blanc n'intervient que sous forme de fond - apparition du "C" en défoncé - ; l'ordre de lecture fait tour à tour apparaître rouge, blanc et bleu ; l'organisation des masses colorées présente des formes et des surfaces extrêmement dissemblables. Délibérément anti-fléché - puisqu'il pointe à la fois vers la gauche et vers la droite -, le graphisme invite le regard à une double dispersion, discordante avec la lettre à lire et avec l'initiale creusée par défaut entre les îlots de couleur. Le fond ne montrerait aucune découpe, s'il ne supportait les formes qui, le détourant, l'amènent à sa propre surface. Alors, on ne sait plus quel est l'élément primordial, du fond qui, avec sa couleur blanche, affiche le "C", ou des îlots rouge et bleu qui, en limitant le blanc, créent la lisibilité en superposant leur propre visibilité à celle du blanc - à moins que l'on ne choisisse l'option inverse, quoique moins spontanée, d'un nappage blanc sur deux taches lambda, dès lors devenues flèches. Les entrées concurrentes dans la perception du signe sont encore couronnées par la valeur idéogrammatique du logo : ignorerait-on l'alphabet et le prestige calligraphique attaché à l'initiale, que cette manière d'enluminure provoquerait une illumination d'un autre type, par le schème d'une circulation multiorientée, avec entrées, contournements, sorties, un carrefour vraiment, c'est-à-dire l'occasion de librement combiner rassemblements et dispersions successifs et simultanés. Le chromatisme ajoute quelques forts éléments libéralisateurs : comme en temps de manœuvres militaires, il y a un camp bleu et un autre rouge (213), sauf que le conflit simulé s'est transmué en choix réel, en disjonction non exclusive. À chacun la liberté d'acheter rouge - viande, vin, articles de couleurs "chaudes", cuisine relevée, prix élevés -, ou bleu - poissons, produits laitiers, eau minérale, articles aux teintes "froides", ustensiles métalliques, bon marché -, et surtout les deux, ce qui fait voler en éclats la projection sémiologique sectaire - révolutionnaires vs conservateurs - qui, pourtant, n'est pas ignorée, mais plantée là en chemin, distancée, entre autres, par la révolution du commerce des conserves. Les appartenances de départ, sociales, culturelles, politiques - qui n'a jamais poussé de "caddy" ? - convergent vers le "C" candide et défoncé, dont la blancheur foncière combine toutes les longueurs d'ondes, où sont fédérés tous les citoyens d'une république de satisfactions, et où les enfants pousseurs de chariots apprennent ou appliquent d'eux-mêmes les règles de bon sens de la circulation routière. Alors, le carrefour des consommations croise la consommation de

(212) Préface à J.-P. Gridel, *Le signe et le Droit*, op. cit., p. II.
(213) Celui-ci représentant classiquement l'agresseur de l'Est. Dans le logo orienté, le rouge est positionné à gauche : il faut qu'une simplicité politique s'y retrouve. On se rappelle que les couleurs nationales, antérieures historiquement à ce type d'assignations symboliques, placent depuis 1794 le rouge à droite.

carrefours, et l'intersection des goûts, des origines, des individus, des nations, des langues, des objets, des choix, des modes de vie, du dedans et du dehors, accède à la dignité de seule véritable arme parlante du social, savoir l'étiquetage unique d'un contact dont on renonce à se demander s'il est libre ou orienté, puisqu'il suffit qu'il soit libéral. Le signe révèle ou prédit que les idéologies de frontalité se dissolvent déjà, ou vont se dissoudre bientôt, dans le consensus des particularismes plus ou moins ressemblants, plus ou moins regroupés, mais toujours identifiables, donc doués d'identité. Dans la guerre des préfixes, "pluri" l'emporte sur "mono" (214). La France motorisée et multinationalisée de et par la société de consommation peut trouver là un grand flux tant auto- qu'hétéro-régulé, de diffusions et de contrôles, d'appétits et de normes, enfin, et en un double sens, une auto-école.

CONCLUSION

Deux circuits différents de stimulations chromatiques, aboutissant à deux types d'insidieuses dé-banalisations automobiles, mais qui reposent sur un seul et même processus de variations mimétiques : voilà donc les irisations qui prolongent, quand on les envisage dans le contexte du "torrent circulatoire" (215), les trois couleurs du secours en urgence. Mais ces configurations inopinées invitent à reconsidérer les teintes des carrosseries spécialisées dans l'ensemble d'un paysage jurissémiologique, dont on a largement amorcé la modélisation.

Ainsi peut-on récapituler les divers éléments mis en évidence au fil des descriptions qui précèdent : les couleurs attribuées aux véhicules d'intervention urgente ne ressortissent, à s'en tenir au Code de la Route, ni à la sphère du "signal", ni même à celle du "signet" mais, au mieux, à celle de l'"indice" juridique. Or un profond ancrage coutumier induit à leur profit ce que nous avons précédemment identifié comme une dynamique de signettisation : ces teintes font l'objet d'une normalisation technique et d'une espèce de réservation administrative, bref d'une procédure de contrôle officiel assez poussée pour que le public, comblant ingénument l'hiatus ainsi creusé entre le Droit proprement routier et le Droit administratif, soit tenté de les recevoir, sans nuance - si l'on ose dire -, comme des avertisseurs de priorité circulatoire à part entière. Enfin, elles manifestent une vitalité sociurgique intense, saisissable à partir de quelques facettes de juridicité qui confirment à quel point, dans le domaine automobile, visibilité, légitimité, sécurité et priorité entrepénètrent constamment leurs indices et leurs consignes. Si les voitures particulières ne prétendent guère qu'à une extension mimétique des privilèges réservés aux professionnels du secours routier, les véhicules d'entreprises, en revanche, élaborent des amalgames symboliques dont la portée normative s'étend bien au-delà - dans les parages du Droit commercial, par exemple. C'est ici qu'un rapprochement avec les processus observés dans le cas des panneaux à silhouettes permettra de préciser, pour finir, l'originalité du tableau jurissémiologique composé par ces trois couleurs de l'urgence.

On remarque en effet qu'ici vibration signettique et expansion sociurgique prennent concurremment leur essor, non à partir d'un signal juridique mais d'un

(214) Et le monolithisme culturel ou partisan se fragmente dans le "carrefour", devenu mot-clé : carrefour des métiers, des langues, des médias. Le mot connote la manifestation et l'éclatement, comme le logo impose une image fractionnée - la société est un agrégat de fractions impossibles à totaliser, délicates, voire dangereuses à globaliser. Dans ces conditions, que peut-on encore mettre sous un mot comme "Monoprix" ? On retrouve l'opposition de l'unité préconçue (dans l'unicité affichée) et de l'unité postréalisée (dans la diversité constatée). La conscience partagée de la diversité est le signe ineffaçable de l'unité. C'est parce qu'elle accède empiriquement à la conscience que cette communauté, par la différence réciproque, cesse d'être un paradoxe, ou un jeu de l'esprit.
(215) Claudel, *Conversations...*, op. cit., p. 691.

simple indice, qui constitue a priori un tremplin juridique beaucoup moins résistant. On ne s'en étonnera pourtant pas, si l'on veut bien prêter attention au fait que chacune de ces carrosseries est porteuse, en réalité, d'un agrégat sémique : la co-présence sur la tôle d'un signal linguistique (les inscriptions) et d'un signet (les avertisseurs spéciaux), suffit à exercer sur l'indice juridique (la couleur spéciale) une attraction "à la hausse" qui, au bout du compte, rend imperceptible, pour les non-initiés, son manque effectif d'autonomie jurissignalétique. D'autant qu'en situation, la vitesse et la fréquence des interventions en urgence ne permettent guère à l'automobiliste ordinaire d'entrer dans les fractionnements subtils d'une sémiôsis juridique aussi indissociable que composite.

En revanche, on prendra le temps de se demander pour quelles raisons fortes le Droit routier s'est aussi constamment refusé à constituer en signets des teintes dont le Droit administratif valide ou organise pourtant volontiers la spécialisation signalétique, pourquoi il n'a jamais consenti à les inclure, même à titre complémentaire, dans les caractéristiques visuelles des déplacements en urgence. Car, en ce cas, la co-présence des avertisseurs optico-acoustiques ne peut suffire à expliquer tout à fait son veto : pour réquisitionner d'urgence la voie libre, abondance et variété de signes n'auraient sans doute pas nui. Plus généralement, d'où vient que les faiseurs de normes, qui le cas échéant intègrent sans sourciller la langue de l'ingénierie ou de techniques absconses (216), manifestent si peu d'empressement à définir par la qualification chromatique les objets-signes qu'ils sont amenés à créer ? La couleur ne semble volontiers employée par eux - on le voit bien avec les pictogrammes routiers - que comme auxiliaire du dessin, dont elle remplit les contours, alors que l'expérience visuelle montre, à chaque regard, un rapport strictement inverse. En d'autres termes, pour quelles raisons l'attribution d'une couleur unie, ou d'une association de couleurs, à un objet quelconque, indépendamment de sa géométrie, est-elle si peu souvent l'occasion d'une réglementation spécifique ? La nature même du fait chromatique aide à le comprendre.

La couleur, au vrai, c'est une extrême variété en état de gravitation permanente. Nul besoin d'être un spécialiste en colorimétrie pour savoir qu'il y a compétition entre la fréquence naturelle de rencontre des couleurs et les diverses taxinomies dont elles sont susceptibles ; qu'elles sont inégalement confrontées à l'appréhension de l'œil humain ; qu'il n'existe pas de moyen simple et commode d'identifier une couleur selon un protocole fixe ; que la fourchette de perception des teintes est variable selon les individus ; qu'elles sont tributaires d'une éducation spécifique qui aide à la différenciation des nuances ; que leur réalisation technique est délicate, notamment au niveau de la durabilité ; qu'enfin, la couleur ne procédant que d'un réfléchissement, la nature et l'intensité de la source lumineuse viendront en modifier l'aspect. Bref la couleur, qui déjà peut difficilement être désignée en elle-même, puisqu'elle affecte toujours quelque objet, et en est aussi bien affectée - que l'on

(216) Qu'alors on n'est pas plus excusé de ne pas entendre qu'on n'est dispensé de connaître la loi - sauf à admettre que le Droit ne s'adresse pas pareillement à tous, qu'il ne parle technique qu'aux techniciens, propriété qu'aux propriétaires, etc., bref, qu'il restaure une sorte de corporatisme de l'assujettissement. Sans faire pour autant du Droit un savoir de tous les savoirs, qu'à l'évidence il n'est pas, on reconnaîtra cependant sa capacité à parler de domaines d'activité fort divers, mais à la condition qu'un enjeu de société y soit attaché - ce qui, heureusement, ne suffit pas à épuiser le concept de science. En ce sens, l'"homo juridicus" se signale par une tendance à appuyer sa culture générale sur une infinité de savoirs particuliers dans lesquels il suffit qu'il soit disposé à s'engager plus avant, si le besoin s'en faisait pressentir - car un temps d'avance est toujours préférable, et même souvent nécessaire. Il y a comme un postulat culturel qui fait du sujet de Droit un volontaire possible pour les savoirs. Si "nemo censetur..." a une fonction démocratique, c'est parce qu'en ayant l'air d'ignorer les strates socio-culturelles, cet adage en affirme la perméabilité, qu'en fin de compte il récuse le principe d'ignorance indéfinie, et invite à la seule citoyenneté possible, fondée sur l'existence de l'information et l'acceptation d'un effort constant vers elle.

pense à ces fameux "effets de matière" si difficiles à décrire en termes de nuances -, la couleur se prête mal aux idées. On n'en peut donner une définition positive qui permettrait à un quidam de la retrouver de lui-même. C'est une mal-lotie de la dénotation et de la rationalité. Au surplus, le continuum chromatique du spectre visible apparente la couleur aux glissements de sens, aux lapsus, à l'identification relative, à la connotation. Enfin, elle touche, par le haut et le bas du spectre, à l'invisible, alors qu'aucun dessin ne peut se voir assigner des seuils d'irreprésentabilité, ni aucune idée, non absurde, des seuils d'intellection.

Or le Droit, qui constamment définit, répartit, conserve, dénote, semble par essence étranger à un domaine où la moirure de la "physis" se révèle de manière empirique à tout un chacun (217). "Non disputandum est...", assurément, puisqu'il n'existe pas d'arme dialectique convaincante dont on puisse user avec le commun des assujettis, avec ceux qui ne sont censés ni ignorer la loi, ni être incapables d'apprendre, mais dont on attend des réactions simples dans des délais brefs. Ici, l'immédiateté perceptive de la couleur entre en conflit avec la médiation problématique de sa description rationnelle et le Droit se trouve acculé non à une question de sensorialité, ni même de sens, mais de bon sens : sans doute peut-on se donner les moyens scientifiques d'assigner à tel rouge ou à tel blanc une identité physique qui le rende théoriquement susceptible de faire bonne figure en juridicité, qui fasse du Droit avec de l'ondulatoire. Mais s'il faut qu'en retour chaque individu soit supposé avoir la compétence d'un opticien équipé dès qu'il s'aventure au dehors, quand chacun se croit, et non sans raison, suffisamment informé des couleurs pour se diriger dans la vie, et sur la route, l'effort technique est sans grande portée. D'autant que, pour comble de misère, les aléas de la mise en pratique industrielle seront à l'origine d'un flux non moins violent de contestations. Bref, comment le Droit routier ne s'effraierait-il pas de voir réunies dans la couleur tant de circonstances exténuantes ? Au-delà même de la sagesse qu'il y a à faire les normes douces là où leur raidissement contraindrait à un réétalonnage insoupçonné des attitudes les plus banales (218), on méditera, pour finir, sur la fertilité jurissémiologique qu'autorisent certains délaissements sémiques par le Droit, non seulement parce que la fonction normative ne peut tout s'arroger, mais encore parce que sa capacité à être tolérée implique sans doute aussi qu'elle se contraigne elle-même à des évidements. Il faut imaginer un Droit alvéolé, mais sans lequel la société motorisée ne ferait pas aussi activement son miel d'une polysémie dont la face éclairée a nom polychromie.

(217) Bien entendu, la difficulté d'appréhension qu'offre généralement la nature éclate dans nombre d'autres domaines, mais il faut une approche technicienne pour le savoir. La couleur a l'avantage - ou le désavantage - de très bien vulgariser ses ambiguïtés. Pour plus de détails, on pourra se reporter au *Dictionnaire de colorimétrie théorique et technique*, Documentation AFNOR, décembre 1975, 118 p.
(218) Le Droit n'incline jamais à la difficulté par principe : il y a dans le "Nemo censetur..." quelque chose du "Tu ne me chercherais pas si tu ne m'avais déjà trouvé".

SOCIÉTÉ ET CAUTIONNEMENT

Par

Xavier AGOSTINELLI
Docteur en Droit, Chargé de Travaux Dirigés
à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

I - LE CAUTIONNEMENT SOUSCRIT POUR LE COMPTE D'UNE SOCIÉTÉ

A - Caractérisation du cautionnement : les lettres d'intention
a/ Nature de l'obligation
b/ Régime de l'obligation

B - Efficacité du cautionnement
a/ Validité du cautionnement
1/ Les conventions interdites
2/ Les conventions réglementées
b/ Extinction du cautionnement

II - LE CAUTIONNEMENT GARANTISSANT LES DETTES D'UNE SOCIÉTÉ

A - Cautionnement donné par le dirigeant social
a/ La société en formation
b/ La société en exercice
1/ Caractères du cautionnement
* L'article 1326 du Code civil
* L'article 48 de la loi du 1er Mars 1984
2/ Extinction du cautionnement : le départ du dirigeant

B - Cautionnement donné par une entreprise en "faillite"
a/ La procédure collective profite à la caution
b/ La procédure collective est indifférente à la caution

Initialement conçu comme un contrat d'amitié (1), le contrat de cautionnement apparaît davantage comme une garantie dont l'essor exceptionnel lui a valu de devenir, aujourd'hui, un instrument primordial de la vie des affaires. Il se trouve que la société, entendue en tant que personne morale, est un acteur essentiel de cette même activité. Sujet de droit, principalement dominé par le principe de la spécialité, la société commerciale -à la différence de la personne physique qui, en tant que telle n'est pas obligée de s'enrichir- est une personne morale entièrement tournée vers le profit. À ce titre, la seule morale qu'elle se doit d'observer c'est la morale des affaires (2). Le droit lui interdit d'opter pour la morale du renoncement. Entre le développement du cautionnement et les besoins des sociétés sans cesse renouvelés par la vie des affaires qui les rend de plus en plus exigeants, ces deux corps de règles ne pouvaient, nécessairement, qu'en arriver à se rencontrer avant de révéler d'inévitables et réciproques influences. Véritable pierre angulaire de l'édifice du droit des sociétés, le cautionnement revêt dès lors une dimension d'autant plus significative qu'on le retrouve indifféremment à un double niveau selon qu'il sera souscrit pour le compte d'une société (I) ou bien qu'il apparaîtra comme une garantie des dettes d'une société (II).

I - LE CAUTIONNEMENT SOUSCRIT POUR LE COMPTE D'UNE SOCIÉTÉ

Entendu sous cet angle, le cautionnement s'analyse comme l'engagement donné par le dirigeant d'entreprise au nom de sa société. Toutefois cet engagement n'est pas sans soulever quelque difficulté d'interprétation. Il s'agit dès lors de définir quelles sont les caractéristiques de la garantie donnée par la société afin de déterminer, d'une part, si celle-ci constitue réellement un cautionnement (A), et d'autre part, dans l'affirmative, quelle en est exactement l'efficacité (B).

A - LA CARACTÉRISATION DU CAUTIONNEMENT

Appelée lettre d'intention, de patronage ou de confort, cette technique consiste en la réalisation d'un document par lequel son auteur exprime à une autre personne, en des termes variables, son intention de soutenir le débiteur de celui-ci et de faire en sorte que ce dernier soit en mesure de remplir son engagement (3).

De manière générale, le cadre de telles lettres est le suivant : une société filiale est amenée à emprunter au-delà de ses capacités financières. Sans doute le créancier peut-il avoir confiance. Il sait que la société mère présentera les meilleures garanties nécessaires et ne laissera pas tomber la filiale emprunteuse en "faillite".

Il devrait donc, normalement, obtenir un cautionnement de cette dernière. Mais une telle garantie n'est pas sans soulever quelques inconvénients : non seulement, elle devra nécessairement apparaître dans les documents comptables de la société-caution, diminuant ainsi sa propre capacité de crédit, mais encore, le dirigeant se verra dans l'obligation de s'entourer, en amont, de l'autorisation du Conseil d'Administration. Certes, de telles difficultés apparaissent-elles, généralement, faciles à surmonter, ce qui n'est pas sans incidences sur le développement contemporain de

(1) Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, 1992, Cujas, n° 109, p. 28.
(2) Sur cette notion v. not. B. Oppetit: "Éthique et vie des affaires", in Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, pp. 319 & svtes; Add. P. Diener: "Éthique et droit des affaires", D. 1993, chr. V, p. 17.
(3) Cf. Ph. Simler : Cautionnement et garantie autonome, Litec 1989, pp. 28 & svtes; Malaurie et Aynès, op. cité, pp. 113 & svtes ; Cabrillac et Mouly, Droit des sûretés, Litec 1989, pp. 367 & svtes.

cette technique. Cependant, cet engagement vient poser d'autres problèmes qui tiennent, d'une part à sa nature (a), d'autre part, à son régime (b).

a/ La nature de l'engagement

C'est à travers une décision en date du 21 Décembre 1987 que la Cour de cassation a été amenée, une première fois, à se prononcer sur la nature de cet engagement (4). Par la suite, deux nouvelles décisions rendues par la Haute juridiction ont contribué à fixer les termes du débat (5). Il se peut, tout d'abord, que le document ne soit pourvu d'aucune valeur juridique : il s'agit, dans ce cas d'une simple lettre de présentation ou de recommandation (6). En revanche, la lettre d'intention peut être constitutive d'un véritable engagement : il convient, dès lors, de déterminer si l'on est en présence d'un véritable cautionnement ou bien s'il s'agit d'un simple engagement de faire. La réponse à cette dernière interrogation est d'autant plus déterminante que dans cette dernière hypothèse (c'est-à-dire si l'on est en présence d'un engagement de faire), il importera de savoir si l'on a affaire à une obligation de résultat ou une obligation de moyen.

Sans doute dans son arrêt précité du 21 Décembre 1987, la Cour de cassation a-t-elle écarté la qualification d'obligation de faire pourtant retenue par la Cour d'appel (7), au profit de celle de cautionnement et a-t-elle estimé que "celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, se rend caution de cette obligation." (8). Dès lors, a priori, semble-t-il bien que l'on soit en présence d'un véritable cautionnement. Toutefois, la Cour de cassation n'exclut nullement qu'une lettre d'intention, tout en étant constitutive d'une véritable obligation juridique, puisse être autre chose qu'un cautionnement : le document, en effet, s'il n'est pas à proprement parler, source d'une prestation financière, peut néanmoins contenir l'engagement -pour son souscripteur- de faire en sorte que le débiteur principal soit en mesure de payer.

On a pu s'interroger sur l'opportunité d'une telle distinction (9). Elle est pourtant fondée (10) : la dite obligation n'implique, en effet, pas nécessairement un payement pour pallier la défaillance du débiteur ; le signataire a le choix des moyens qui dispose soit d'un simple apport en capital, soit, plus généralement, d'une avance en compte courant afin de permettre au débiteur de faire face lui-même à ses engagements.

De fait, toute la question se ramène au point de savoir quel peut être le degré d'intensité d'un tel engagement. Pour répondre à cette interrogation, la jurisprudence a choisi d'utiliser la distinction classique entre obligation de moyen et obligation de résultat (11). C'est d'ailleurs le plus souvent cette dernière qualification qui retient la

(4) Cf. Cass. com. 21 décembre 1987, B.C. IV, n° 281 ; JCP 1988-II, n° 21113, conclusions Montanier ; D. 1989, jp. p. 112, note Brill ; Revue Droit Bancaire 1988, 101, obs. Contamine-Raynaud.
(5) Outre les nombreuses décisions de fond, v. not. Cass. com. 23 octobre 1990, JCP 1991-II, n° 21684, note Larroumet ; JCP 1991-I (éd. E) 61, n° 7, obs. Viandier et Caussain ; Add. Cass. com. 15 Janvier 1991, JCP 1991-IV, p. 95
(6) Cf. B. Oppetit: "L'engagement d'honneur", chron. in Dalloz 1979, p. 107 ; voir en particulier CA Paris, 30 Avril 1984, RTDC 1985, p. 730, obs. J. Mestre.
(7) Cf. CA Montpellier, 10 Janvier 1985, D. 1985, inf. rap. p. 340, obs. Vasseur.
(8) Cf. aussi CA Paris, 13 Janvier 1989, JCP 1989-IV, p. 222 : lettre par laquelle une société s'est engagée à garantir la bonne fin des engagements de sa filiale.
(9) Cf. C. Larroumet, obs. sous Cass. com. 23 Octobre 1990, op. cité.
(10) Cf. obs. Ph. Simler, op. cité.
(11) Sur cette distinction essentiellement pédagogique révélée par Demogue et synthétisée par Mazeaud, v. not. P. Esmein : "Remarques sur de nouvelles classifications des obligations", in Études Capitant, 1939, p. 235 ; Add. G. Viney, la responsabilité : conditions, LGDJ, 1982, 1082 pages, n° 519 et svts. ; B. Starck, droit civil, obligations, Tome 2, 3° édition par H. Roland et L. Boyer, n° 967 et svts.

faveur des Cours et Tribunaux.(12). Cependant, au-delà de cette position jurisprudentielle, l'absence de critère unique permettant une qualification unitaire demeure qui n'est pas sans révéler quelques difficultés tenant au régime d'un tel engagement.

b/ Le régime de l'engagement

Selon la qualification que l'on retient d'un tel engagement, différentes interrogations apparaissent qui ne sont pas sans influer sur le régime juridique de celui-ci. En effet, selon que l'on se trouve en présence d'une obligation de faire un premier problème doit être résolu qui tient à la charge de la preuve : s'il s'agit d'une obligation de résultat, le signataire devra prouver la force majeure pour se libérer de son engagement ; au contraire, s'il s'agit d'une obligation de moyen, ce sera au créancier à prouver que le signataire n'a pas fait tout le nécessaire pour que le débiteur principal soit en mesure de faire face à ses engagements. De même, concernant toujours la qualification d'obligation de faire, un second problème doit être examiné qui procède de l'application à un tel document de l'exigence de la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil : en présence d'une obligation de faire, cette dernière disposition n'aurait donc pas vocation à s'appliquer qui fait expressément référence aux obligations de payer.

En revanche si l'on considère que le document doit être qualifié de cautionnement, la question reste tout à fait légitime de l'application des règles relatives au droit des sociétés telles qu'elles résultent de la loi de 1966 et plus précisément celle qui consiste à savoir si les lettres d'intention entrent dans la catégorie des "cautions, avals et garanties" qui nécessitent, lorsqu'ils sont souscrits au nom d'une société anonyme, une autorisation préalable du Conseil d'Administration (articles 98 et 128 de la loi du 24 Juillet 1966).

Sans doute, sur ce point, jurisprudence et doctrine sont-elles partagées (13). Mais il n'en demeure pas moins que si l'on admet cette dernière qualification, se pose alors un problème autrement plus général qui tient à la validité des conventions réglementées.

B - L'EFFICACITÉ DU CAUTIONNEMENT

Si une société peut être créancière garantie par une caution, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'elle se porte elle-même caution d'un tiers et prête ainsi son crédit. Cependant, ce contrat est soumis à de strictes conditions de validité (a) et il n'est pas toujours efficace (b).

---

(12) V. not. T. Com. Paris 27 Octobre 1981, RTDCom. 1981, p. 812, obs. Cabrillac et Teyssié ; T. Com. Paris, 30 Avril 1985, D. 1986, inf. rap. p. 325, obs. Vasseur ; CA Paris, 26 Septembre 1991, JCP 1991 (éd. E), pano. actua. n° 1272 ; Paris, 10 Décembre 1991, JCP 1992 (éd. E), pano. actua. n° 156 ; Add. contra Paris, 10 Mars 1989, JCP 1989-I (éd. E), n° 18406 ; Versailles, 9 Février 1989, D. 1991, som. com. p. 35, obs. Vasseur.

(13) Contra l'application de ces textes : v. not. T. Com. Lyon, 12 Août 1986, Revue Droit Bancaire, 1987, p. 60, obs. Contamine-Raynaud ; Lyon 7 Juillet 1988, Revue Droit Bancaire, 1989, p. 72, obs. Contamine-Raynaud ; en doctrine, cf. Ph. Simler : "les solutions de substitutions au cautionnement", in JCP 1990-I (éd. N), p. 385, spéc. n° 22 ; Pour l'application, v. not. Conclusions Montanier, op. cit. sous Com. 21 Juillet 1987 ; CA Paris, 13 Janvier 1989, op. cit. ; en doctrine, cf. not. Synvet, in Revue des Sociétés, 1988, p. 398.

a/ La validité du cautionnement

Le principe de la validité est enfermé dans certaines limites qui tiennent d'une part, au principe de la spécialité des personnes morales (14), mais aussi, d'autre part, aux règles protectrices particulières à certains types de société (15).

1°/ Les conventions interdites

En ce qui concerne la Société Anonyme, l'article 106 de la loi du 24 Juillet 1966, prohibant les conventions qui présentent un risque majeur pour la société, inclue dans cette interdiction les cautions ou avals *des engagements personnels* des administrateurs, du président, du directeur général ainsi que des conjoints, ascendants et descendants de ces diverses personnes (16). Il en va de même en ce qui concerne les SARL (article 51 de la loi du 24 Juillet 1966). Un tel cautionnement doit être considéré comme nul (17) et peut même, dans certains cas, constituer un délit d'abus du crédit de la société (18).

En revanche, dans les sociétés de personnes, la loi ne vient poser aucune règle particulière, s'en remettant ainsi au droit commun de la responsabilité au cas où les gérants ou associés abuseraient de leur situation pour imposer à la société des conditions désavantageuses. Toutefois, encore faut-il que de telles opérations entrent dans le cadre de l'objet social. Sur ce dernier point, la jurisprudence la plus récente est relativement libérale qui se contente, bien souvent, d'un simple lien indirect avec l'objet social (19).

2°/ Les conventions réglementées

De façon plus générale, tout autre cautionnement consenti pour le compte d'une société par action par ses dirigeants, reste soumis à un régime de défiance (20). Ainsi l'article 98 alinéa 4 de la loi du 24 Juillet 1966 dispose-t-il que "les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du Conseil dans des conditions déterminées par décret."

Ce texte reste toutefois le siège d'un abondant contentieux (21). Outre le fait qu'il exige des tiers qui contractent avec la société de prendre exceptionnellement certaines précautions (22), il laisse sans réponse satisfaisante la question du choix de la sanction de l'inobservation de cette procédure. En effet, si l'article 98 alinéa 4 indique seulement qu'un dépassement de l'autorisation ne sera opposable aux tiers

(14) Cf. not. Ph. Simler, op. cité, p. 140, n° 162.
(15) Cf. P. Bouteiller : "Les conditions de validité d'un cautionnement souscrit par une personne morale", les Petites Affiches 1988, n° 142 ; J. Honorat : "Sociétés et cautionnement", in Rep. Defrénois 1982, p. 1569.
(16) Cf. M. Cozian et A. Viandier : "Droit des sociétés", Litec, 5ème édition, 1992, n° 721, p. 228 ; Add. Ph. Simler et Ph. Delebecque : Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz 1989, n° 50, p. 61 ; Roblot, Droit commercial, T. 1, 14ème édition, 1991, LGDJ, pp. 768 et 974.
(17) Cf. M.C. Amiot : "Les conditions de validité des cautionnements souscrits par les sociétés", revue de Droit Bancaire, 1987, p. 25 ; Add. Paris, 19 Novembre 1974, Gaz. Pal. 1975-1, 286 ; RTDCom 1975, p. 547, obs. Houin.
(18) Cf. M. Dagot et Ch. Mouly : "L'usage personnel du crédit social et son abus", Revue des Sociétés, 1988, p. 1 & svtes.
(19) Cf. Civ. 1ère 24 Mai 1988, Revue des Sociétés 1988, p. 414, note Y. Guyon ; Add. M. Cozian & A. Viandier, op. cité, n° 1466.
(20) Cf. Ph. Simler, op. cité, n° 166.
(21) Cf. C. Prieto, les Grands Arrêts du Droit des Affaires, obs. sous Com. 8 Novembre 1988, n° 39, p. 394.
(22) V. not. Cozian & Viandier, op. cité, n° 711.

que dans les conditions fixées par décret, l'article 89 de ce dernier texte (23) n'envisage que l'hypothèse du dépassement du montant global autorisé préalablement par le Conseil d'Administration.

Dès lors, la question reste encore posée en ce qui concerne les autres cas. Ainsi lorsqu'il y a dépassement d'autorisation par engagement peut-on argumenter, a contrario, pour en conclure que cette irrégularité sera inopposable aux tiers (24).

Mais qu'en est-il, et c'est bien là l'essentiel, de la sanction à appliquer en l'absence de toute autorisation ?

Si l'on en croit certains auteurs, la nullité s'imposerait non seulement en vertu du caractère impératif du texte mais aussi, à défaut de précision particulière, du fait de l'application des dispositions de l'article 360 alinéa 2 de la loi de 1966 (25).

Toutefois, un autre courant, semble-t-il dominant, s'est résolument engagé dans la voie de l'inopposabilité (26). La différence est importante puisque à l'inverse de la nullité, l'inopposabilité ne serait susceptible de ratification ni par une autorisation ultérieure du Conseil d'Administration, ni par un début d'exécution de l'engagement (27). Elle permettrait, de plus, de faire produire effet à l'acte irrégulier dans les rapports entre le bénéficiaire et le dirigeant ayant souscrit le cautionnement alors que celui-ci n'a pourtant jamais donné son consentement à s'engager personnellement. À l'évidence, une telle issue n'est-elle pas sans heurter le principe selon lequel on ne saurait être tenu comme garant sans l'avoir voulu (28).

Le comportement du dirigeant devrait logiquement entraîner d'autres sanctions et son obligation envers le bénéficiaire ne saurait être que délictuelle (29).

Comme on peut le voir, les règles tenant à la validité du cautionnement ne sont donc pas sans poser quelques difficultés. La même observation doit être faite en ce qui concerne celles relatives à l'extinction du cautionnement.

b/ L'extinction du cautionnement

Dès lors que l'on envisage l'extinction du cautionnement toute la question se ramène au problème lié au sort du cautionnement lors de la disparition de la société caution, mais aussi, de la société créancière et notamment, en cas de fusion. Pour une société, la question d'une transmission de contrat ne concerne pas l'hypothèse d'une dissolution suivie d'une liquidation car, dans ce cas, la personne morale disparaît définitivement, sans dévolution de son patrimoine à un tiers. Il n'en va pas de même lorsqu'il y a fusion dans la mesure où le patrimoine de la société est transmis, à titre universel, à la société absorbante.

---

(23) Cf. article 89 du Décret du 23 Mars 1967.
(24) Cf. C. Prieto, op. cité, n° 8, p. 396.
(25) V. not. C. Prieto, op. cité, n° 9 ; J.P. Langlade, Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes, RTDCom 1979, p. 355, spéc. n° 45 ; J. Honorat, Sociétés et cautionnement, Rep. Defrénois 1982, p. 1569 ; J.J. Daigre, note sous Com. 11 Février 1986, Revue des Sociétés 1986, 243 ; J.F. Barbieri, note sous Com. 8 Novembre 1988, JCP 1989 (éd. E), II, n° 15542.
(26) En ce qui concerne les auteurs, v. not. Y. Guyon, note sous Com. 29 janvier 1980, Revue des Sociétés 1981, 83 ; P. Le Cannu, note sous Com. 11 Juillet 1988, Bull. Joly 1988, n° 217 ; M. Jeantin, note sous Paris 13 Janvier 1989, Bull. Joly 1989, n° 82. Concernant la jurisprudence, outre la décision précitée (Com. 11 Juillet 1988), cf. C. Prieto, op. cité, n° 10 et les notes référencées 13, 14 & 15 ainsi que les arrêts cités ; Add. Paris 9 Mai 1990, Revue des Sociétés 1990, p. 475, obs. Y. Guyon ; Com. 17 Novembre 1992, JCP 1993 (éd. E), IV, 273.
(27) Cf. cependant les observations critiques de C. Prieto, op. cité, n° 11, p. 397.
(28) Cf. Ph. Simler, op. cité ; l'article 2015 du Code civil implique une telle solution, mais le droit commun pourrait tout aussi bien la justifier ; Add. C. Prieto, op. cité, n° 12.
(29) Sur ce point, v. not. Ph. Delebecque, note sous Paris 24 Avril 1990, Bull. Joly, 1991, n° 265 ; Barbieri, Cautionnement et sociétés : 10 ans de jurisprudence, in Aspects contemporains du cautionnement, Colloque Toulouse, 2 Avril 1992 in JCP (éd. E) C.D.E, n° spécial 1992-2, pp. 16 & svtes ; Ph. Simler, op. cité, n° 169, p. 146.

Sous l'impulsion de la doctrine (30), la distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture serait en l'occurrence applicable : la société absorbante peut réclamer paiement à la caution pour les dettes existant au jour de la fusion car l'obligation de règlement est transmise en ce qui concerne le passif ancien. En revanche, l'obligation de couverture ne subsiste pas à la disparition de la société caution ou créancière (31). Cette règle doit être approuvée qui s'explique, d'un point de vue pratique, par le fait que la caution, qui peut ignorer la fusion, n'est pas toujours à même de résilier son engagement (32).

Nous venons ainsi de mettre en évidence les différentes questions susceptibles de se poser lorsque le cautionnement est souscrit *par* la société. Il est également intéressant d'analyser les diverses hypothèses dans lesquelles les dettes d'une société sont garanties par un cautionnement.

II - LE CAUTIONNEMENT GARANTISSANT LES DETTES D'UNE SOCIÉTÉ

Dans cette hypothèse, une fois encore, si l'influence des règles relatives au droit des sociétés est particulièrement sensible, leur remise en cause n'est pas sans entraîner certaines incidences en ce qui concerne le sort qu'il convient de réserver au cautionnement. Celles-ci se révèlent, non seulement, dès lors qu'on analyse les particularités du régime juridique du cautionnement donné par le dirigeant (A), mais aussi, lorsqu'on observe les conséquences de la "faillite" sur le cautionnement (B).

A - LE CAUTIONNEMENT DONNÉ PAR LE DIRIGEANT SOCIAL

Le cautionnement des dettes d'une société par son dirigeant tend à tenir en échec le principe de limitation qui préside en matière de société à responsabilité limitée et de société anonyme, dont la surface financière est souvent insuffisante au regard des crédits sollicités. Manifestation d'une réalité économique incontournable, pendant naturel de la fiction de la personnalité morale (33), ce mécanisme se retrouve tant au stade de la société en formation (a) qu'à celui de la société en exercice (b).

a/ La société en formation

Partie intégrante du paysage de la vie des affaires (34), la pratique du cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation

(30) Cf. C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, Bibl. Droit de l'Entreprise, T. 10, Litec 1979, n° 255 & svts.

(31) Sur les effets d'une telle distinction, v. not. Cass. com. 20 janvier 1987, JCP 1987, (éd. G) II, n° 20844, note M. Germain ; Revue des Sociétés, 1987, 397, note Barret ; Revue Droit Bancaire, 1988, 28, obs. Contamine-Raynaud. Add. Com. 6 Mars 1978, D. 1979, Inf. rap., 138, obs. M. Vasseur ; Com. 22 Janvier 1985, JCP 1986, (éd. G) II, n° 20591, note Ph. Simler ; Com. 17 Juillet 1990, JCP 1991, (éd. E), II, 143, note V. Gellière ; revue des Sociétés 1991, 67, note Randoux ; Pau, 30 Mars 1989, Revue Droit Bancaire 1990, 83 ; Add. cependant contra (par interprétation de volonté) Com. 18 Décembre 1984, B.C. 1984, IV, n° 351.

(32) V. not. Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cité, n° 274.

(33) Cf. A. Piedelièvre, Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement, Gaz. Pal. 1982-1, doctrine, p. 85 ; Ph. Simler, patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement, JCP 1987 (éd. N) I, 199.

(34) Pour un premier aperçu des décisions ayant eu à connaître de cautionnements contractés pour le compte d'une société en formation, v. not. Com. 24 Février 1987, Bull. Joly 1987, p. 211, note P. Le Connu (cautionnement du bail commercial consenti à la société) ; Com. 12 Février 1992, B.C. 1991 IV, n° 73 (cautionnement de la vente d'un fonds de commerce par une société en formation) ; Com. 5 Mars 1985, D. 1987, som. com. n° 30, obs. J.C Bousquet (cautionnement d'un compte courant ouvert au nom d'une société en formation).

ne semble cependant pas avoir véritablement suscité les intérêts de la doctrine (35). Dans tous les cas, il s'agit, pour le créancier de la société en formation, d'éviter les conséquences de la reprise des engagements souscrits pour le compte de cette dernière (36). Puisqu'il vaut mieux avoir deux débiteurs plutôt qu'un seul, et alors que la reprise remplacera le débiteur initial par un autre débiteur (la société), sans que le créancier ne puisse s'y opposer, le créancier exige de celui qui agit pour le compte de la société en formation de se porter caution de ses engagements.

Comme on a pu remarquablement le démontrer (37), la validité d'une telle obligation n'est pas contestable, bien qu'elle ait pour objet de garantir une dette principale pesant sur un débiteur...qui n'existe pas encore puisque la personne morale n'est pas officiellement née (38). Elle repose, en fait, sur la *déterminabilité* objective du débiteur garanti, conformément à l'interprétation commune de l'article 1129 alinéa 2 du Code civil (39).

De fait, l'obstacle tiré de l'argument que l'obligation principale n'est pas encore née, n'est pas dirimant. On le sait, le cautionnement d'une dette indéterminée et future est valable, sous réserve, bien évidemment, d'une stricte application des dispositions de l'article 1326 du Code civil (40).

Cette combinaison aura ainsi pour effet d'empêcher la libération de celui qui a agi au nom de la société. Restant obligé en tant que caution si l'engagement est repris par la société, le souscripteur sera, en outre, personnellement tenu en cas d'absence de reprise (41).

Cela étant, et nonobstant les premières difficultés tenant à la remise en cause des dispositions concernant la limitation de responsabilité, dans les sociétés en capital, des dirigeants qui, on le voit, peuvent rester tenus au-delà des règles légales, d'autres problèmes apparaissent avec une plus grande acuité dès lors que la société a commencé d'exister.

b/ La société en exercice

Si les décisions ne manquent pas en ce qui concerne les cautionnements souscrits pour une société par leurs dirigeants (42), certaines se rapportent principalement au caractère du cautionnement (1°), alors que d'autres révèlent les problèmes ressortant à l'éventuelle extinction de celui-ci (2°).

1°/ Les caractères du cautionnement

Partant de l'idée qu'un dirigeant social connaît bien les dettes de la société débitrice principale, il faut néanmoins revenir sur deux points essentiels : le premier, qui tient à l'exigence de la mention manuscrite tel qu'elle ressort des dispositions de l'article 1326 du Code civil, le second, qui concerne l'étendue et la destination de l'information aux termes de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984.

---

(35) Cf. l'article de fond consacré à cette question par J. Bonnard, Revue des Sociétés 1992, p. 255 & svtes.

(36) Aux termes des articles 1843 du Code civil et 5 alinéa 2 de la loi du 24 Juillet 1966, complété par l'article 26 du décret 23 Mars 1967, les personnes qui ont agi au nom de la société en formation sont tenues, avec ou sans solidarité selon que la société est civile ou commerciale, avant la reprise.

(37) Cf. l'étude de J. Bonnard, op. citée.

(38) C'est l'immatriculation qui attribue la personnalité juridique à la société (cf. article 1842 alinéa 1 du Code civil).

(39) "La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée".

(40) Sur ce point qui concerne , entre autres, l'exigence de la mention manuscrite, cf. infra, b/ la société en exercice, spéc. § 1°.

(41) V. not. Com. 12 février 1991, B.C. 1991 IV, n° 73.

(42) Cf. les nombreuses références citées par Ph. Simler, op. cité, n° 97, p. 85 et la note 291 référencée.

* L'application de l'article 1326 du Code civil au cautionnement des dettes sociales par le dirigeant.

Sans essayer de revenir sur l'évolution jurisprudentielle qui a présidé à la question de l'application de ce texte (43), il convient de souligner que les magistrats retiennent, en principe qu'un tel cautionnement doit être considéré comme commercial (44). Cependant, cette affirmation n'implique pas pour autant la mise à l'écart systématique des dispositions de l'article 1326 du Code civil. En effet, on le sait, depuis la loi du 12 juillet 1980 (45) il ne suffit plus, pour échapper à l'exigence de la preuve écrite et au formalisme de l'article 1326 du Code civil, que le cautionnement soit commercial. Encore faut-il que la caution ait la qualité de commerçant (46), ce qui n'est pas le cas du dirigeant d'une Société Anonyme ou d'une SARL (47).

Néanmoins, il semble acquis aujourd'hui que l'article 1326 du Code civil n'est qu'une règle de preuve dès lors qu'il s'agit de l'appliquer au dirigeant social étant entendu que ce dernier ne mérite pas de protection spéciale (48) et qu'il a un intérêt personnel dans l'opération garantie.

Les solutions sont, en revanche, plus nuancées lorsqu'il s'agit du cautionnement consenti par le conjoint du dirigeant (49) ou un simple associé (50) : il faut, en effet, que certaines circonstances confortent l'idée que la caution tenait un rôle dans la société de nature à révéler son intérêt patrimonial, d'une part, à caractériser la connaissance des activités sociales, en cas de cautionnement indéterminé, d'une autre.

Qu'en est-il de l'application des dispositions de l'article 48 de la loi du 1° mars 1984 ?

* L'article 48 de la loi du 1° mars 1984

Ce texte (51) est toujours une source importante d'incertitudes, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir qui doit être informé. La Cour de Rennes (52) a estimé qu'en sa qualité de dirigeant de la société cautionnée, la caution était parfaitement informée

(43) Cf. Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cité, n° 67 & svts.
(44) V. not. Ph. Simler, n° 97, p. 85 et les arrêts cités en référence note 291.
(45) Sur le commentaire de la loi n° 80-525 du 12 Juillet 1980, v. not. Chamoux, JCP 1981-I, chron. n° 3008 ; Jestaz, RTDC 1980, p. 820 ; Viatte, Gaz. Pal. 1980-2, doctr. p. 581 ; Vion, Defrénois 1980, 1329.
(46) Cf. en ce sens, Ch. Gavalda et J. Stoufflet, JCP 1981-I, n° 3048, n° 109 ; Add. J. Mestre, Revue de Jurisprudence Commerciale 1982, p. 59 ; Y. Chartier, La preuve commerciale après la loi du 12 Juillet 1980, Mélanges De Juglart, 1985, p. 95 ; J.C Gourgues, Cautionnement donné par les personnes y ayant intérêt et cautionnement indéterminé, JCP 1990, (éd. E), II, n° 15731.
(47) V. not. Com. 21 Juin 1988, JCP (éd. E) II, n° 15519, note Ph. Delebecque.
(48) Cf. not. Civ. 1ère 15 Novembre 1989, JCP 1990 (éd. E), II, n° 15775, note D. Legeais ; D. 1991, som. com. p. 381, obs. L. Aynès ; Com. 19 Juin 1990, JCP (éd. E), 1990 II, n° 15853, note D. Legeais ; Com. 26 Juin 1990 (2 espèces), D. 1990, som. com. p. 383, obs. L. Aynès ; Civ. 1ère, 29 Janvier 1991, B.C. 1991-I, n° 34 ; Rennes, 15 Mai 1991 et Paris 25 Septembre 1991, Revue Droit Bancaire 1992, p. 80, obs. Contamine-Raynaud.
(49) Cf. Civ. 1ère, 7 Mars 1989, JCP 1990 (éd. E), II, n° 15737, note D. Legeais ; D. 1990, p. 83, note Ch. Mouly ; Civ. 1ère, 9 Avril 1991, B.C. 1991-I, n° 134.
(50) Cf. Ph. Simler, op. cité, n° 98 et les notes référencées 295 à 299.
(51) "Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 Mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 Décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.
Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis le précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information."
(52) Cf. Rennes 15 Mai 1991, Juris-data n° 044 756 ; Revue Droit Bancaire 1992, p. 80, obs. Contamine-Raynaud.

de l'étendue du cautionnement portant sur le capital et sur les intérêts et que dès lors, elle ne pouvait se prévaloir de la déchéance des intérêts, prévue à l'alinéa 2 du texte précité, pour défaut d'information d'une situation qu'elle connaissait nécessairement (53). Cette solution peut, a priori, sembler parfaitement jusitifiée qui, pourtant, n'appelle pas l'approbation unanime de la doctrine (54).

Cela étant qu'en est-il de cette cause d'extinction que peut constituer le départ du dirigeant ?

2°/ Le départ du dirigeant

L'hypothèse de la cessation de fonctions de directions, jusqu'alors exercées par la caution est , elle aussi, l'objet d'un abondant contentieux. À défaut de résiliation expresse du cautionnement, la caution est-elle tenue des dettes postérieures à son départ de la direction de la société ? Sur ce point, la jurisprudence avait initialement décidé de voir dans le départ du dirigeant un terme implicite (55). Mais, depuis cette première position, les Cours et Tribunaux ont révisé leur analyse et condamnent aujourd'hui, systématiquement, cette première tendance (56). De plus, on sait aussi que la disparition de la cause de l'engagement ne saurait être valablement invoquée (57).

Toutefois, au-delà de cette évolution jurisprudentielle, le débat sur la cause n'est pas entièrement clarifié par les décisions de la Haute juridiction. Si l'on admet que cette notion peut jouer un rôle au stade de l'exécution du contrat (58), il faut se rappeler, en outre, la distinction que l'on opère entre la cause objective et la cause subjective de l'obligation (59). De fait, si l'on peut naturellement et plausiblement affirmer que la qualité de dirigeant est souvent le motif impulsif et déterminant de l'engagement de caution, la cause objective, quant à elle, subsiste (60).

Puisque ces litiges n'intéressent que les défaut de résiliation des cautionnements par ignorance ou inadvertance, l'obligation d'information mise à la charge des établissements financiers qui comporte le rappel de la faculté de résiliation offerte à la caution (cf. article 48 de la loi du 1° Mars 1984) est de nature à tarir ce contentieux. Autant du moins en ce qui concerne les litiges relatifs à l'admission du cautionnement.

Reste cependant à cerner ceux qui ont trait à l'efficacité de cette garantie lorsque la société est en "faillite".

---

(53) V. dans le même sens, Poitiers, 13 Décembre 1989, Revue Droit Bancaire, 1991, p. 28, obs. Contamine-Raynaud.
(54) V. not. Ph. Simler & Ph. Delebecque, op. cité, n° 76 ; Add. M. Contamine-Raynaud, obs. sous Rennes 15 Mai 1991, op. cité.
(55) Cf. not. T. Com. Seine, 19 Juin 1962, D. 1962, 769, note Savatier ; Com. 8 Juillet 1969, RTDCom. 1970, obs. Houin.
(56) Cf. les arrêts cités par Ph. Simler, op. cité, n° 270, p. 227, note 80 référencée ; Add. Com. 24 Avril 1990, D. 1991, p. 177, note P. Morvan.
(57) Cf. not. Com. 8 Novembre 1972, D. 1973, 753, note Ph. Malaurie.
(58) Cf. H. Capitant, De la cause des obligations, 3ème édition, 1927, 507 pages.
(59) Cf. not. sur ce point Cass. civ. 1ère 12 Juillet 1989, JCP 1990-II, n° 21546, obs. Y. Dagorne-Labbé ; RTDC 1990, p. 468, obs. J. Mestre.
(60) Cf. Ph. Simler, op. cité, n° 179, p. 153.

B - LE CAUTIONNEMENT DES DETTES D'UNE SOCIÉTÉ EN "FAILLITE"

L'essor actuel du cautionnement s'explique par le souci contemporain des créanciers d'échapper aux règles de la procédure collective (61). La question qui se pose alors inévitablement est de savoir dans quelle mesure les dispositions contenues dans la loi du 25 janvier 1985 interfèrent sur les recours du créancier contre la caution. Plus précisément encore, il s'agit d'observer comment notre droit concilie deux principes du droit du cautionnement amenés à s'affronter en cas de procédure collective : en effet, si, en raison du caractère essentiellement accessoire du cautionnement, la caution ne peut être tenue plus lourdement que le débiteur principal (cf. article 2013 du Code civil), sa raison d'être est de garantir le créancier contre la défaillance éventuelle du débiteur principal (62).

Dans ces conditions, il convient alors d'une part, d'examiner les hypothèses dans lesquelles l'effet de la procédure collective profite à la caution et d'une autre, celles qui restent sans influence sur le sort des obligations de la caution.

a/ La procédure collective profite au sort de la caution

En cas de liquidation judiciaire, hypothèse la plus fréquente, la solution se révèle particulièrement simple qui ne soulève, en fait, aucune réelle difficulté. La caution doit être tenue pour la totalité des dettes du débiteur principal (63). Encore faut-il cependant que le créancier ait pensé à déclarer sa créance. En effet, l'extinction de la créance, faute de déclaration par le créancier, dans les délais, conformément à l'article 53 alinéa 3 de la loi du 25 Janvier 1985, constitue une exception inhérente à la dette, opposable au créancier par la caution (64).

Deux autres hypothèses sont également envisageables où le redressement judiciaire du débiteur principal sera de nature à profiter à la caution. La première concerne le maintien du terme du contrat en cours, en application de l'article 56 de la loi du 25 janvier 1985 (65). La seconde procède essentiellement de l'arrêt du cours des intérêts et ce, en vertu des dispositions de l'article 55 de la loi (66).

Cela étant, restent cependant des hypothèses où la procédure collective sera sans influence aucune sur la caution.

---

(61) Cf. M. Ancel, Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés, Entretiens de Nanterre des 17 & 18 Mars 1989, JCP (éd. E), n° spécial, C.D.E 1989-5, pp. 3 & svtes ; G. Parléani, Les établissements de crédit et la cessation de paiement des entreprises, La position du banquier bénéficiaire ou débiteur d'un cautionnement, Colloque CREDA et Éditions techniques du 3 février 1988, JCP (éd. E), n° spécial C.D.E du 5 Mai 1988, pp. 36 & svtes.

(62) Cf. Ph. Simler & Ph. Delebecque, op. cité, n° 81.

(63) Cf. Ch. Mouly & M. Cabrillac, op. cité, n° 158, p. 132.

(64) Cf. not. sur ce point : Com. 17 Juillet 1990 (3 espèces), B.C. 1990 IV, n° 214 ; JCP 1991 (éd. E), II, 101, note G. Amlon ; Revue des procédures collectives, 1990-4, 394, obs. Ph. Delebecque ; D. 1990, p. 494, note A. Honorat ; revue Droit Bancaire, 1992, 82, obs. M.J. Campana et J.M. Calendini ; Cette position diversement accueillie (cf. Ph. Delebecque, Revue des proc. coll. 1991-3, p. 345 et les auteurs cités), avait pourtant déjà été adoptée sous l'empire du droit antérieur (loi du 13 Juillet 1967) par la Haute juridiction : cf. Com. 19 Juin 1984, B.C. 1984 IV, n° 198 ; D. 1985, 140, note A. Honorat ; JCP 1986 (éd. E), II, n° 20659, note M. Storck ; Revue Banque 1985, 307, obs. J.L. Rives-Lange.

(65) Cf. Com. 14 Novembre 1989, B.C. 1989 IV, n° 285 ; Revue Droit Bancaire 1990, p. 88, obs. M.J. Campana et J.M. Calendini ; JCP 1990 (éd. E) II, n° 15832, obs. M. Cabrillac.

(66) Cf. Com. 23 Octobre et 13 Novembre 1990, Revue Droit Bancaire 1991, p. 74, obs. Campana et Calendini ; D. 1991, som. com. p. 112, obs. F. Derrida.

b/ La procédure collective est sans influence sur la caution

Déjà, sous l'empire du droit antérieur, la caution ne pouvait se prévaloir des remises concordataires obtenues par le débiteur principal en règlement judiciaire. L'intervention du législateur en 1985 n'a en rien modifié les données du problème. Le plan de redressement, s'il reste opposable à tous, ne peut cependant être invoqué par les "cautions solidaires et co-obligés" tels que mentionnés à l'article 64 alinéa 2 (67).

Cependant, une interprétation a contrario de ce même texte laisse à penser que désormais, la caution simple pourrait profiter de ces remises. Sans doute la portée pratique de cette interprétation revêt-elle une importance minime, mais il n'en demeure pas moins, si on admet une telle proposition, que l'intérêt de la règle s'en trouve, dès lors, d'autant moins justifié (68). D'ailleurs certains auteurs l'ont purement et simplement niée (69).

La solution vaut non seulement pour les délais de paiement et remises imposés par le plan adopté par le Tribunal (70), mais aussi lorsque le créancier les accorde volontairement aussi bien dans le cadre d'un redressement judiciaire (71) que dans celui du règlement amiable tel qu'il ressort des dispositions de la loi du 1er Mars 1984 (72).

(67) De la loi du 25 Janvier 1985.
(68) Cf. Ph. Simler & Ph. Delebecque, op. cité, n° 130, p. 140.
(69) Cf. Ch. Mouly et M. Cabrillac, op. cité, n° 159, note 316, p. 132.
(70) V. not. Ph. Malaurie & L. Aynès, op. cité, n° 137, p. 85.
(71) Cf. Paris, 22 Février 1989, RTDCom 1989, p. 727, obs. J.M. Campana ; D. 1991, som. com. p. 12, obs. F. Derrida ; Com. 28 Mai 1991, JCP 1991-IV, 887 ; Revue Droit Bancaire 1992, 82, obs. M.J. Campana et J.M. Calendini ; cette solution était déjà admise sous l'empire de la loi de 1967 : v. not. Com. 14 Février 1972, RTDCom 1972, 967, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange.
(72) Cf. not. Ph. Simler & Ph. Delebecque, op. cité, n° 130, p. 141.

LE DROIT À LA DIFFÉRENCE, UN DROIT À L'INDIFFÉRENCE ? (*)

Par

Geneviève KOUBI
Professeur de Droit Public à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Nantes

Fondé sur l'idéologie égalitaire et libérale de la problématique des Droits de l'Homme, le Droit français refuse la "différence". Certes, l'approche juridique de toute différence pourrait être la source d'exclusions (1), mais, le discours du Droit, sous l'influence des phénomènes sociaux, ne peut en esquiver les questions (2).

Les glissements de sens que recèlent les termes juridiques de distinction et de (non-)discrimination (3) dans l'approche du principe d'égalité, éludent toute allusion à cette notion de "différence"... Comment, la "différence" visible ou connue, affichée ou dissimulée, conçue comme une propriété de l'être humain, peut-elle être source de perturbations sociales, de troubles à l'ordre public ? Lorsque sous la pression des nécessités économiques, réelles ou imaginaires, la mécanique sociale du rejet dessine la trajectoire de l'exclusion, la dynamique juridictionnelle atténue ses excès (4) définissant des "conditions" pour que les différences trouvent les voies de leur accomplissement dans le cadre des lois. Cependant, tout écart par rapport aux voies balisées par les législations spécifiques, justifierait les procédures d'expulsion (5), le refus de la naturalisation pour les étrangers ou le prononcé de la déchéance de nationalité ou des droits civiques, etc..

Dans ces réglementations, aucun "critère" ne peut être précisé car, signifier un ensemble de caractéristiques relatives aux "différences" contredirait les données fonda-

---

* Cette étude reprend des développements publiés dans la Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, Bruxelles, n° 14, avril 1993.

(1) Le terme "exclusion", absent de la terminologie juridique, est présent dans le champ des réglementations d'ordre "disciplinaire". Il est cependant, fréquemment utilisé dans le cadre des relations sociales : v. par ex. Rapport de Hélène Strohl et Martine Xiberras, *Exclus et exclusion*, Com. Général au Plan (prés. Philippe Nasse), Paris, 1992.

(2) Cf. Danièle Lochak, "Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences", sous la dir. de A. Fenet et G. Soulier, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, éd. L'Harmattan, Paris, 1989, p. 111 et s.

(3) Cf. Jean Rivero, rapport "sur les notions d'égalité et de discrimination", *Trav. Ass. H. Capitant*, t. XIV, p. 343 et s. ; Danièle Lochak, "Réflexions sur la notion de discrimination", *Droit social*, 1987, p. 778 et s. ; Jean-Michel Lattes, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, Th. Toulouse, 1989, 2 t.

(4) Par ex., D.C. n° 89-269, 22 janvier 1990, a rappelé que les étrangers ne peuvent du seul fait de leur nationalité, être exclus du bénéfice des allocations supplémentaires du Fond national de Solidarité, rec. *D. Cons. Const.*, p. 33.

(5) Cf. Nicole Guimezanes, "Réflexions sur l'expulsion des étrangers", *Mél. D. Holleaux*, éd. Litec, 1990, p. 167 et s. ; M. de Saint-Pulgent, concl. s. C.E. 11 octobre 1991, *Diouri*, "L'expulsion d'un étranger en urgence absolue", *Rev. fr. Droit adm.*, 1991, p. 978 et s.

mentales du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, principe substantiel à la définition d'un État de droit.

Or, des différences existent, la neutralisation des conflits qu'elles pourraient faire naître est contenue dans la formulation juridique de l'égalité, suivant les formes classiques de son évaluation juridictionnelle (6). Cette neutralisation nécessite la connaissance des "différences", pour mieux les maîtriser ou les réguler dans le respect général de l'ordre juridique (7). Leur connaissance s'est d'abord exprimée dans l'énoncé des mesures de "protection", institutionnalisant le concept de "distinction" : néanmoins elle suppose un relevé d'"infériorités" - qui fonde la "discrimination positive" (8). Peu à peu, elle a conduit à la désignation des "incompatibilités" entre la culture dominante (reconnue comme telle par les pouvoirs publics) et les systèmes de valeurs défendus par des groupes minoritaires (ou dits tels par les pouvoirs publics) (9).

Ces graduations des différenciations contribuent à la création de combinaisons juridiques tendant à signifier des obligations ou des restrictions dans l'exercice des libertés publiques (10).

Le schéma juridique français prône la globalité par l'égalité comme mode d'approche des différences, la fonction de la généralité risque de survaloriser le collectif par rapport à l'individuel (11). La contradiction avec la dynamique individualiste qui sous-tend la lecture de la Déclaration des Droits n'est pas résolue. S'investir dans la problématique d'un "droit à la différence" afin de l'enserrer dans les formes juridiques, afin de le protéger et le garantir par le biais des lois, voire de la constitution, ainsi que par le jeu des conventions internationales, pourrait contenir les dissensions potentielles d'une reconnaissance de fait de certains groupes (de pression) au détriment de la liberté individuelle, personnelle, innovant le principe d'un "droit à l'indifférence".

La différence n'est pas un choix volontaire ; individuelle, elle devrait être évaluée dans l'approche du concept de "liberté personnelle", esquissée par le Conseil Constitutionnel (12). Le droit à être "soi", comme un droit à sa dignité personnelle, en dehors de toute uniformisation collective est irréductible (I). En confrontation directe avec le principe de l'égalité, l'affirmation de "sa" propre différence ne saurait en sonner le glas dans le discours juridique (II).

---

(6) À partir de C.E. 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, rec. 274, v. chr. M. Franc et M. Boyon, *A.J.D.A.*, 1974, p. 298 ; par ex., C.E., 14 janvier 1991, *Bachelet*, rec. 13 ; C.E. 19 juin 1992, *Dépt. Puy-de-Dôme c/M. Bouchon*, *A.J.D.A.*, 1991, p. 528.

(7) Et, de l'ordre public : par ex. D. n° 91 - 1051 et n° 91 - 1052, 14 octobre 1991 relatifs aux fichiers informatisés des Renseignements Généraux : de la formule de "signes physiques particuliers, objectifs, et inaltérables" (*J.O.* 15/10/91). V. aussi C.E. 18 novembre 1992, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres, note Roselysée Letteron, A.J.D.A., 1993, p. 213 et s.

(8) Cf. Danièle Lochak, "Réflexions sur la notion de discrimination", *Droit social*, 1987, *op. cit.*.

(9) Par ex. le "procès de l'excision" : Geneviève Guidicelli-Lepage, "Excision et droit pénal", *Droits et culture*, n° 20, 1990, p. 201 et s. ; Raymond Verdier, "Une exciseuse en Cour d'Assise - le procès de Soko Aramata Keita", *Droits et Cultures*, n° 2, 1992, p. 184 et s.

(10) Cf. Jean-Paul Costa, *Les libertés publiques en France et dans le monde*, éd. S.T.H. Paris, 1986, notamment p. 162 et s. (sur "les exclus des libertés publiques").

(11) Par ex., la liberté religieuse est en relation étroite avec la liberté de culte : l'ambiguïté du statut de certains cultes se justifie-t-elle ? v. S. Pierre-Caps, "Les "nouveaux cultes" et le droit public", *R.D.P.*, 1990, p. 1078 et s.

(12) Cf. Florence Benoit-Rhomer, note s. Cons. const. 25 juillet 1989, *A.J.D.A.*, 1989, p. 796 et s.

I - MINORITÉS ET DIFFÉRENCE : DU COLLECTIF À L'INDIVIDUEL

L'objection classique est que la reconnaissance d'un "droit à la différence" conduirait à la "différence des droits". Cette prise de position fragilise la fonction du Droit puisqu'elle valorise une notion qu'il cherche à dissoudre dans le concept de Nation : la notion de "minorité" (13).

Si notre Droit s'est construit autour des deux piliers que sont l'homme et l'État, la différence doit être conçue comme personnelle et non collective. Dans un système juridique fondé sur l'individualisme dérivé de la conception des droits de l'homme, dans la perspective de l'État-Nation qui nivelle les disparités communautaires, dans l'optique de l'État de droit qui a pour dimension fondamentale la garantie des droits de l'homme et la protection des citoyens contre l'arbitraire, appréhender la question de l'individualité par le biais de la notion de "minorité" ou de "communauté" est antinomique (14)

1 - LA DISTINCTION ENTRE INDIVIDU ET MINORITÉ

Faire référence à la notion de "minorité" réduit la problématique en ce que cette notion recouvre par elle-même la dimension sociétale des différences (dans un objectif collectif, leur reconnaissance comme "minorité nationale" se révèle dans des "revendications" politiques le plus souvent) (15). L'affirmation d'une "différence personnelle" ne peut se calquer sur la désignation de différences collectives. La distanciation entre les concepts de minorité et de différence individuelle est substantielle (16).

Alors que la notion de minorité(s) est difficilement abordable sous l'angle de l'abstraction juridique, l'homme comme totalité est concevable à partir de la notion d'égalité de l'homme (17). La définition même du terme de "minorité" déclasse "l'homme" pour l'insérer dans un cadre social, dans un groupe qui s'en accaparerait : les minorités, sont définies comme "des groupes non dominants de la population d'un État donné, groupe qui possèdent des caractéristiques ethniques, linguistiques, et religieuses stables se différenciant nettement du reste de la population et désirant les conserver". Comme il n'existe pas nécessairement de lien entre les notions de "minorité" (dans l'approche de la "minorité nationale") et la notion de "peuple" (dans la reconnaissance du "droit à l'autodétermination des peuples"), les différents systèmes juridiques étatiques ont tendance à occulter les différenciations. Ainsi, lorsque la minorité se voit reconnue en tant que telle, elle se voit attribuer des "droits" limités et la conservation de son unité objective passe par le canal d'une réglementation restrictive ou empreinte de "protection" qui confirmerait son statut d'infériorité. Le processus de l'État unitaire refuse et empêche l'éclosion des particularismes culturels ou locaux : les dispositions constitutionnelles, sans mettre en cause l'unité et l'indivisibilité de la République, prévoient des procédés

(13) Cf. Gérard Soulier, "Minorités, État, société", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 40 et s.
(14) Cf. Luc Silance, "Quelques exemples d'antinomie et essai de classement", sous la dir. Chaïm Perelman, *Les antinomies en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 63 et s.
(15) Cf. Alain Fenet, "La question des minorités dans l'ordre du droit", *Les minorités à l'âge de l'État-Nation*, éd. Fayard, 1985, p. 27 et s. ; Thierry Michalon, "Le statut des minorités périphériques de la République", *Actes - Les Cahiers d'action juridique*, 1990, n° 69, p. 5 et s. ; Guy Heraud, "Libertés publiques et minorités ethniques indigènes de France", *Actes - Les Cahiers d'action juridique*, 1990, n° 69, p. 33 et s.
(16) Cf. Jean Weydert, "Individus et communautés", *Projet*, 1991, n° 227, p. 16 et s.
(17) Cf. Gérard Soulier, "Minorités, État, société", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 45.

d'adaptation en vertu des "intérêts propres" des collectivités et des territoires d'outre-mer, et l'attention portée à ces intérêts équivaut à une recherche de conciliation entre les règles de droit et les usages locaux (18).

L'absence de reconnaissance juridique des minorités, aboutit à ce que les droits des minorités se réduisent pour l'essentiel, à des droits pour leurs membres, dits alors les "minoritaires" : ce sont des droits individuels tels que le droit à la vie, droit à la liberté religieuse, à l'usage de sa langue maternelle, lesquels sont prolongés par les libertés collectives corollaires, comme le droit de créer et d'entretenir des écoles privées au nom du principe fondamental de la liberté d'enseignement, ou le droit d'association et de réunion pacifique. En effet, "lorsque les droits de l'homme et les libertés fondamentales font partie du système de droit, tout membre d'une minorité dispose, à l'instar de tous les autres membres du corps social, des mêmes droits, des mêmes libertés individuelles et collectives, sur le plan de l'expression comme sur le plan de la participation à la vie de la cité. Ainsi peut-on faire entendre sa différence... (19)".

Les droits "politiques" des minorités sont restreints dans cette perspective, la représentation politique de la minorité en tant que telle n'étant pas assurée, les individus en relevant pouvant ou non disposer des droits de participation à la vie publique selon leur propre situation en face de l'État (20).

Lorsque les conventions internationales et textes législatifs ou réglementaires nationaux font référence au principe de "non-discrimination", les éléments relatifs à la détermination prétendument objective d'une minorité sont toujours énumérés : race (21), langue (22), religion (23)..., mais, c'est le "minoritaire" et non la minorité qui se trouve être protégé par le Droit. La liaison faite entre citoyenneté et assimilation (24) a contourné la question de l'acceptation civile et politique pour l'inclure dans le seul espace sociétal, et l'individu se débat pour faire reconnaître son "droit à la différence".

Réticent devant la saisie juridique des groupes sociaux ou politiques minoritaires, une méthode de raisonnement variable fait toutefois apparaître un relatif pluralisme juridique (25). En 1991, le Haut Conseil à l'Intégration estimait dans son premier rapport au Premier Ministre, que la reconnaissance institutionnelle des diverses communautés installées sur le territoire français était incompatible avec le système juridique français ; en 1992, il relevait la difficulté d'une conciliation entre le respect de la diversité et l'acceptation des règles et valeurs de la société

(18) Cf. à propos de la Nouvelle Calédonie, Jean-Loup Vivier, "Le droit face à la coutume Kanak", *R.J.P.I.C.*, 1990, p. 470 et s. ; Gérard Orfica, "Réflexions sur la coutume mélanésienne", *R.J.P.I.C.*, 1989, p. 129 et s. ; Gida Nicolau, "L'autonomie de la coutume canaque", *R.J.P.I.C.*, 1992, p. 219 et s.

(19) Gérard Soulier, "Minorités, État, société", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 60.

(20) La représentation des étrangers au sein d'un conseil municipal relèverait-elle d'une approche spécifiques aux minorités ? une réponse négative s'impose : v. Xavier Pretot, concl. s. T.A. Versailles, 15 mai 1991, *Wiltzer c/Commune de Longjumeau*, *A.J.D.A.*, 1991, p. 721 et s. ; E. Rosenfeld, note s. T.A. Amiens, 23 juin 1988, *Payet c/Ville d'Amiens*, *J.C.P.*, 1989.II.21179. V. cependant, les dispositions de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

(21) Cf. Revue *Mots, les langages du politique*, n° 33, 1992 : *Sans distinction de ...race.*

(22) Cf. sous la dir. de Henri Giordan, *Les minorités en Europe : droits linguistiques et droits de l'homme*, éd. Kimé, 1992.

(23) Cf. sous la dir. de Jean Bauberot, *Pluralisme et minorités religieuses*, éd. Peeter, Louvain-Paris, 1992.

(24) Consultée sur un projet de décret "de l'acquisition de la nationalité française à la suite d'un mariage", la section sociale du Conseil d'État avait regretté que "l'assimilation à la communauté française (ne soit) en règle générale, appréciée uniquement d'après le degré de connaissance de la langue française" proposant des "affinements" pour que "de réels défauts d'assimilation n'échappent pas à la vigilance de l'administration", *E.D.C.E.*, 1990, n° 41, p. 108. Voir aussi, avis C.E. 9 octobre 1992, *M. Abihilali*, *A.J.D.A.*, p. 835.

(25) Cf. Danièle Lochak, "Les minorités et le droit public français :...", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*.

d'accueil (de la part des étrangers). Ces observations, réitérées en 1993, ont pour objet de susciter un mouvement juridique vers la forme spécifique de l'assimilation.

Le conflit latent entre loi et coutumes exige une intervention juridique, mais en vertu de règles internationales relatives au "statut personnel" (26), son absence laisse se développer des zones d'infra-droit, soumises dans leur approche externe seulement, au respect des lois.

La mise en place d'instances spécifiques destinées à jouer le rôle d'interlocuteur privilégié des pouvoirs publics pour la résorption de conflits éventuels (27), plus pragmatique, ne suffit pas à empêcher la prolifération de strates infra-juridiques qui confirment la recomposition d'un pluralisme juridique (28).

2 - L'ÉPANOUISSEMENT INDIVIDUEL CONTRE LA MINORITÉ

Refuser une reconnaissance juridique positive aux minorités n'est pas corriger les perturbations sociales que suscitent leur existence ; ce n'est pas non plus assurer à chacun les voies de son épanouissement dans la connaissance de ses droits. Autant pour ceux qui revendiquent leur appartenance à l'un de ces groupes ou communautés, que pour ceux qui, sans revendiquer une telle appartenance, se voient désignés comme membres de ceux-ci, le ferment de la discrimination est-il dans ce processus de revendication ou de désignation d'une "appartenance" ? G. Haarscher estime alors, que "les communautés linguistiques et religieuses doivent être "domestiquées" par l'État de droit et ne peuvent en aucun cas investir la sphère publique. Si elles le faisaient, la société se libéraliserait laissant les individus soumis à autant de règles différentes qu'on leur attribuerait d'appartenances (29)".

Les raccourcis que l'action publique supposerait, en ce qu'elle porterait sur un "ensemble" (30), désignant ainsi des "groupes" spécifiques suivant des critères divers, culturels ou autres, comporte certains dangers (31). Outre le fait qu'elle inciterait à la recherche de "dénominateurs communs" pour cerner la particularité de ces "groupes", elle signalerait les individus appartenant à de tels groupes, et ceux-ci se trouveraient désormais "étiquetés", classés, ou "fichés".

Le "droit à la différence" ne peut être révélé à partir d'une désignation réglementaire ou législative, il ne peut être "décrété" suivant des simples définitions juridiques qui seraient inévitablement discriminatoires : "la différence en question peut en effet être la différence *subie* par des individus en raison de leur appartenance à un groupe défini (par exemple) par la race, la religion ou le sexe et qui se trouvent

(26) Cf. Jean Gaeremynck, "Le statut personnel et la loi française", *Projet*, 1992, n° 231, p. 88 et s. ; Edwige Rude-Antoine, "L'élément religieux et le statut personnel des Tunisiens en France", *Actes - Les cahiers d'action juridique*, 1992, n° 79/80, p. 42 et s. ; G. Geouffre de la Pradelle, "Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères", *Mél. D. Holleaux*, éd. Litec, 1990, p. 135 et s.

(27) Par ex., le C.O.R.I.F., Conseil de réflexion sur l'Islam en France, créé en novembre 1989, a pour objet d'organiser la représentation des musulmans en France.

(28) Cf. Santi-Romano, *L'ordre juridique*, éd. Dalloz, 1974. Voir en outre, Jacqueline Costa-Lascoux, "Éducation aux droits de l'homme et pluralisme juridique", *Actes, cahiers d'action juridique*, n° 75/76, 1990, p. 63 et s.

(29) Guy Haarscher, "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *R.D.H.*, 1990, p. 233.

(30) Le Cons. Const., le 9 mai 1991, en refusant la mention d'un "peuple corse, composante du peuple français" n'est nullement "gardien de l'identité française", il réaffirme la force du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi - D.C., n° 91-290, rec. *D.C. Const.*, p. 50.
V. B. Genevois, "Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991)", *Rev. fr. Droit adm.*, 1991, p. 407 et s. ; F. Luchaire, "Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil Constitutionnel en date du 9 mai 1991), *R.D.P.*, 1991, p. 943 et s.

(31) Cf. Olivier de Schulter, "Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis", *R.D.H.*, 1991, p. 347 et s.

ainsi, en fait ou en droit, "minorisés" revendiquant moins dès lors le droit à la différence que l'égalité des droits" (32).

Lorsque les autorités publiques, politiques ou administratives engagent des actions de "protection" ou de "désignation", elles adoptent cependant une attitude floue qui va du refus affirmé à l'acceptation mitigée des particularismes d'un groupe social ou communautaire donné (33) ; ce faisant, elles profilent une répercussion inique sur les situations individuelles en tant que, par cette reconnaissance teintée de scepticisme de son existence, le groupe se saisit de l'individu (34). Cette saisie dépend alors autant des réponses que l'administration accorde aux actions des groupes de pression, -lesquels ne sauraient, pourtant, prétendre représenter l'ensemble des individus dont ils disent défendre les droits- que des décisions et activités des diverses autorités publiques, administratives ou non.

Assimilés du fait du droit, les rapatriés d'Algérie (dits "pieds-noirs") (35), les combattants musulmans-français de l'Algérie (dits "harkis") (36), les immigrés de la deuxième génération (dits "Beurs") (37), etc., sont-ils pensés différents en face du droit ? La fonction d'une différenciation se reporte, notamment au-delà des règles de droit, par le jeu du "regard" des autres, (malgré les dispositions de la loi du 13 juillet 1990 (38)), sur un élément "subi" et non choisi, qui implique le classement de l'individu dans une catégorie sociale. Sans doute, "l'espace public se nourrit des différences *transcendées*, c'est-à-dire d'individus ne l'investissant pas pour qu'il fasse place à leur identité, mais prêts à courir le risque de la perte de leurs certitudes dans le grand brassage "communicationnel"" (39) ; pour qu'un tel mouvement se réalise, la désignation sociale de la différence devrait être estompée par un jeu général d'indifférence, telle est la source de la liberté individuelle (40).

La perception relative au "fait", et non au "désir", d'appartenance à une minorité est cependant, celle retenue par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies comme par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (41) ; elle a pour objectif d'interdire la discrimination : le principe d'égalité doit aujourd'hui être compris essentiellement comme un principe de non-discrimination -c'est-à-dire refus

(32) Cf. Danièle Lochak, "Les minorités et le droit public français :...", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 112.
(33) Par ex. en écho : I. Fadlallah, "Vers la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français", *Rev. crit. D.I.P.*, 1981, p. 17 et *s.* et F. Moneger, "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?", *J.D.I.*, 1992, p. 347 et *s.* ; v. Dominique Schnapper, "Unité nationale et particularismes culturels", *Commentaire*, 1987, n° 38, p. 361 et *s.*
(34) Cf. Jean Weyder, "Individus et communautés", *Projet*, 1991, *op. cit.*.
(35) Cf. Michèle Assante et Odile Plaisant, "Origine, évolution et enjeu de la dénomination "pied-noir"", *Langage et société*, 1992, n° 60, p. 49 et *s.* ; par ailleurs, L. n° 87-549 du 16 juillet 1987 relative à l'indemnisation des rapatriés (en application L. n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des français dépossédés de leurs biens...), *J.O.*, 19/07/87 ; D. n° 88-90 du 28 janvier 1988 pris pour l'application de l'art. 81 de la Loi de finances rectificative n° 87-1061 du 31 décembre 1987 à propos de l'indemnisation des français d'outre-mer, *J.O.*, 29/01/88 ; C.E. 7 novembre 1990, *A. Bentaieb*, req. 110061 ; C.E. 24 janvier 1992, *Agence nationale pour l'indemnisation des français d'outre-mer c/M. Aknin*, req. 117564.
(36) Par ex. Circulaire du 25 janvier 1988 relative à l'allocation forfaitaire de 60.000 fr. prévue en faveur des anciens harkis, moghaznis et personnels des diverses formations supplémentaires ayant servi en Algérie, *J.O.*, 29/01/88.
(37) Cf. Abderrahim Hafidi, "Les Beurs entre identité islamique et intégration politique", *Panoramiques*, 1991, n° 1, p. 58 et *s.* ; Augustin Barbara, "Beur, vous avez dit Beur !", *Connexion*, 1991/2, p. 141 et *s.*
(38) Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.* 14/07/90 ; v. aussi Peter Nobel, "L'action contre le racisme et la xénophobie", *R.D.P.*, 1990, p. 1309 et *s.* ; Michel Hanotiau, Didier Bastele et Odile Daurmont, "La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité ?", *R.D.H.*, 1991 (1° partie), p. 319 et *s.*, et (2° partie), p. 435 et *s.*
(39) Guy Haarscher, "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *R.D.H.*, *op. cit.*, p. 234.
(40) Cf. François Rigaux, "La liberté de la vie privée", *R.I.D.C.*, 1991, p. 539 et *s.*
(41) V. Gérard Cohen-Jonathan, "Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies relatives à la France", *A.F.D.I.*, 1989, p. 424 et *s.*

des différences de traitement illégitimes, non justifiées par la différence de situation en droit ....

Ceux qui nécessitent des définitions législatives ou réglementaires pour le bénéfice de mesures de "protection" notamment sociales, se trouveraient aussi placés dans un cadre "différent". Or, "une législation protectrice ne peut se justifier que dans la mesure où elle touche une population bien déterminée, population dont les caractéristiques font nettement apparaître un état d'infériorité par rapport à l'ensemble de la population, ou par rapport à une catégorie dominatrice (42)". Tel est le cas pour les personnes handicapées (43), et, dans une moindre mesure, depuis la décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 25 juillet 1991 relative au travail de nuit des femmes, pour les femmes (44).

Et l'infériorité pourrait signaler la différence, mais en ces domaines, n'apparaissent nullement les figures classiques de la définition des (appartenances à des) minorités qui font référence aux pratiques religieuses, aux racines culturelles (45), aux usages linguistiques (46). Les processus d'assimilation ont renié les différenciations, à juste titre souvent, car, le droit à la différence n'est pas spécifique aux "catégories", mais aux individus : le Droit rejette tout traitement collectif différencié, qui n'aurait pas un objectif de protection sociale ou de sécurité publique (47).

Après avoir glissé sur les gammes de l'assimilation pour éteindre la fonction sociale des minorités, les pouvoirs publics ont créé le jeu de "l'intégration" concomitant à celui de "l'insertion" pour assurer l'entrée de chacun des individus "différents" dans le monde civique, dans la société civile... Pourquoi n'avoir pas parlé de réception ou d'acceptation des différences, de consentement ou d'admission de la diversité ou de la pluralité, pourquoi le droit ne s'accommoderait-il pas de la différence ?..

---

(42) Jean-Michel Lattes, *Le principe de non discrimination...*, Th. Toulouse 1989, *op. cit.*, p. 67. V. G. Aurenche, "La lutte contre l'attitude discriminatoire dans la construction juridique des droits de l'homme", *R.D.P.*, 1990, p. 1297 et s.

(43) Cf. Aimé Labregère, *L'insertion des personnes handicapées*, N.E.D., n° 4897, 1989, La Doc. Fr. ; v. L. n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *J.O.*, 13/07/90 ; L. n° 91-663, 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux diverses personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public, *J.O.*, 19/07/91.

(44) Cf. entre autres, Marie-Ange Moreau, "Le travail de nuit des femmes : observations sur l'arrêt de la C.J.C.E. du 25 juillet 1991", *Droit social*, 1992, p. 174 et s.

(45) La question coloniale ne peut être écartée : v. Jean-Robert Henry, "La norme et l'imaginaire : la construction de l'altérité en droit colonial algérien", *Procès*, 1987/88, p. 13 et s. ; Christian Bruschi, "La nationalité dans le droit colonial", *Procès*, 1987/88, p. 29 et s. ; Jan Suret-Canale, "L'apartheid à la française - principe officiels et pratiques réelles de discrimination raciste dans le domaine colonial français", *La Pensée*, 1991, n° 284, p. 96 et s.

(46) L'usage d'une langue autre que française faisant partie du "patrimoine culturel" d'une région devant le juge rend irrecevable la requête : par ex. C.E. 21 novembre 1985, *Quillevère*, rec. 333 ; C.E. 27 juin 1990, *Association de Défense et de promotion des langues de France*, req. 52379 ; C.E. 10 juin 1991, *Kerrain*, req. 99608 ; etc. V. Dominique Latournerie, "La langue française et le droit", *E.D.C.E.*, 1984/85, p. 89 et s.

Existent des enseignements spécifiques et épreuves de langues au baccalauréat de basque, breton, catalan, corse, occitan, dialectes alsacien et mosellan, et notamment dans les Départements et Territoires d'Outre-Mer (comme le tahitien) : par ex. D. n° 92-1162 du 20 octobre 1992 relatif à l'enseignement des langues et dialectes locaux (aijë, drehu, nengone, paicî) en Nouvelle Calédonie, *J.O.*, 23/.10/92.

(47) Par ex. D.C. n° 90-287, 16 janvier 1991, rec. *D.C. Const.*, p. 24 : de la différence de traitement justifiée par la différence de situation pour le remboursement des soins hospitaliers.

II - LE DROIT À LA DIFFÉRENCE, UN DROIT FONDAMENTAL DE L'HOMME

Quels risques comporterait la reconnaissance des différences ? Selon l'orientation "assimilationniste" ou "pluraliste" de la politique d'intégration retenue par les pouvoirs publics, la connaissance juridique des différences revêtirait des implications divergentes : "L'orientation "assimilationniste" s'attache peu au repérage de différences culturelles et ne se soucie guère de stratégie ethnique. La société est plutôt définie comme une entité unifiée par un "noyau" commun représenté essentiellement par un système de valeurs partagées, et des institutions s'imposant à tous. Les deux valeurs centrales sont l'égalité et la laïcité dont l'application paraît garante de la cohésion sociale et nationale... (...) L'orientation "pluraliste", au contraire, perçoit les différences culturelles et, éventuellement les valorise, même si elle refuse que des discriminations puissent être perpétrées en son nom. Le type de société qu'elle semble promouvoir serait alors plutôt défini comme un ensemble "fédératif" des groupes culturels différents, libres, relativement autonomes. L'attachement est moins centré sur la cohésion sociale ou nationale que sur la liberté individuelle et le droit d'expression des groupes... L'affirmation du "droit à la différence" pourtant assortie de l'exigence d'égalité n'est pas exempte de tendances séparatistes... (48)". Une troisième voie médiane entre assimilation et pluralité est déjà présente dans les atténuations juridictionnelles du principe d'égalité, dans la gestion des distinctions sociales et, inévitablement dans la définition de discriminations dites "positives", comme lieu de protections particulières.

Certes, les mots de distinction et de discrimination ne peuvent être synonymes, mais, chargés de sens, inclus dans la problématique égalitaire, ils se révèlent opérants...

1 - LA DIFFÉRENCE EN FACE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Les distinctions sociales obéissent à une logique qui renvoie le traitement juridique des différences dans le cadre des adaptations du principe d'égalité. Les différences ne devraient pas avoir à s'exprimer sur le terrain du droit, mais, pour éviter leur éclosion dans le champ de la discrimination et de l'arbitraire, leur confrontation au principe d'égalité des citoyens devant la loi, devant les services publics, devant les charges publiques etc. est indispensable.

La gestion des emplois réservés aux personnes handicapées dans les entreprises ou dans la fonction publique relève de ces mouvements de conscience juridique (49) ; les priorités sociales définies à l'égard de ces personnes comme des personnes âgées dépendantes, proviennent de raisonnements similaires.

Le rappel d'un droit à l'instruction (50), et la mise au point des systèmes éducatifs qui permettent l'accès à la connaissance (51) à ceux qui, de par les

---

(48) Véronique De Rudder, "Le racisme dans les relations interethniques", *L'homme et la société*, 1991/4, p. 89.

(49) Par ex. C.E. 22 février 1991, *Gibelin*, rec. 64 ; C.E. 28 octobre 1991, *Min. Affaires sociales et Caisse d'Épargne de Pau /Morlot*, rec. 357.

(50) L'éducation demeure insérée dans l'enjeu républicain de l'égalité, v. concl. M. Laroque, *s.* C.E. 20 mars 1990, *Ville de Montfermeil*, req. 114686.

(51) Et même l'accès à la justice, puisque le recours doit être effectué dans la langue de la République, le français, -avant même la révision de l'art. 2 de la Constitution du 25 juin 1992- : par ex. C.E. 22 mars 1989, *Mlle Wijenayake Mudalige*, rec. 99 (la requête d'un "réfugié" dans sa langue maternelle, donc le défaut de traduction en français, l'entachent d'une "irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance"). Voir aussi Marie-Anne Frison-Roche, "Étranger et langage judiciaire - approche sociologique ou l'étrangeté du langage judiciaire", *Gaz. Pal.*, 3 et 4 février 1993, n° 34/35, p. 31 et *s.*

conditions sociales, de par le milieu ambiant, familial ou urbain, peuvent en être exclus, se rattachent à cette perspective d'adaptation du principe d'égalité aux situations particulières, donc aux différences.

Quant à ceux qui, sans être "étrangers" du fait de leur nationalité, risquent une exclusion sociale fondée sur une "différence" réelle ou imaginaire, soit du fait de leur domiciliation (sans domicile), soit du fait de leur statut socio-professionnel (sans emploi), soit du fait de leur "marginalité", les différentes politiques sociales d'intégration tentent d'en limiter les effets négatifs.

En fait, la différence naît de la perception de ses diffractions multiples : par les lueurs externes d'abord, comme le lieu de domicile ou l'absence de domiciliation fixe (notamment pour les "gens du voyage" (52)), comme la nationalité des parents qui n'est pas toujours la nationalité des enfants (53), comme la consonance du nom patronymique (54), etc. ; par des reflets personnels ensuite, comme les "signes physiques particuliers", les handicaps, etc. ; et s'ajoute la lumière des "choix" individuels, si choix il y a, comme les pratiques rituelles, mœurs sexuelles, etc.

La différenciation, quant à l'origine nationale ou étrangère, est théoriquement prohibée, mais, elle est utilisée par les administrations publiques, justifiée dans un cadre préventif relatif notamment aux règles du recensement des appelés au service national : l'objectif d'information rejoint celui de prévention des insoumissions involontaires, et sans doute, une intégration par assimilation, ainsi que le prône le Haut Conseil à l'Intégration. Elle apparaît encore lors de la détermination des programmes d'enseignement des langues dans certains établissements scolaires, autant pour éviter la fracture familiale que pour pallier aux traumatismes d'une acculturation. Ce sont des politiques de "prévention" qui fondent cette conscience de la différence, dans l'objectif d'un "civisme" à renouveler ; implicitement, elles contribuent à une désignation qui porte en germe la discrimination.

Lorsque la distinction s'exprime juridiquement, elle est discrimination. Si la discrimination s'investit dans un registre protecteur, elle est "discrimination positive". Si au contraire, elle suppose une privation ou une diminution de l'exercice des droits et libertés, elle est "discrimination négative". Si la distinction, assise sur des données juridiques conduit à la non-application du principe d'égalité, la discrimination est indéniable. La discrimination négative amoindrit la situation de l'individu en cause, le prive de certains droits du seul fait d'un critère dit "objectif", indépendant de sa volonté propre (55). Outre la nationalité étrangère, peuvent être signalés comme facteurs dits "objectifs" de discrimination négative -autant dans l'opinion publique que dans la pratique administrative- : le nom (d'où les demandes de changement de nom lors des naturalisations ou leur francisation) (56), le lieu de

(52) Cf. Jacqueline Charlemagne, "Gens du voyage et stationnement (Loi du 31 mai 1990)", *Actes, les Cahiers d'action juridique*, 1991, n° 74, p. 21 et s. ; Christian Lavialle, "La circulation et le stationnement des "gens du voyage"", *J.C.P.*, 1992, doct. 3566.

(53) Cf. Jacqueline Costa-Lascoux, "La nationalité des enfants d'Algériens en France : identité et appartenance", *Les Algériens en France, genèse et devenir d'une immigration*, coord. J. Costa-Lascoux et E. Temine, éd. Publisud/CNRS, 1985, p. 345 et s.

(54) Cf. Geneviève Koubi, "Noms de consonance étrangère et francisation du nom patronymique", *Les Petites Affiches*, 1989, n° 83, p. 29 et s.

(55) ...d'où l'illégalité, par ex. C.E. 30 juin 1989, *Ville de Paris, bureau d'aide sociale c/Lévy*, rec. 157 ; de même que pour toute décision se référant à la "naturalisation", par ex. C.E. 23 juin 1989, *Bunoz*, rec. 144.

(56) ... retenant que les décrets d'autorisation de changement de nom n'ont pas à être motivés : par ex. C.E. 20 janvier 1989, *Sommer*, req. 69529, rec. T. 681.

naissance (57), la date d'arrivée en France (58), au-delà des paramètres que sont l'âge ou le cas échéant, le handicap.

Si l'idéologie égalitaire défait le système identitaire qui concourt à la construction de sa personnalité, les limites du principe d'égalité sont non dans la gestion des différences par le droit (discrimination), mais dans la reconnaissance indifférenciée d'un "droit à la différence" pour chacun. En fait, "dénoncer le confort du mythe égalitaire a pour but d'attirer l'attention sur son caractère illusoire, voire dangereux, lorsqu'en masquant la prégnance des phénomènes qu'il prétend combattre, il prend pour ses victimes les couleurs d'une provocation. Considérer ce mythe avec lucidité revient en fait à appeler à repenser notre imaginaire démocratique, pour concevoir des formes nouvelles de cette quête républicaine et égalitaire (59)".

La différence, incluse dans le mythe égalitaire, n'est pas une revendication d'appartenance à un groupe ou à une communauté. Mais, le refus opposé au droit à la différence peut inciter à la recomposition identitaire collective -le jeu des "associations" régénère cette affirmation personnelle (60), mais "collectif", il détruit toute dynamique quant à la détermination d'un "droit à l'indifférence" (61).

Et, sans aucun doute, les fondements d'un "droit à la différence" couvert par le "droit à l'indifférence" se retrouvent dans les normes juridiques relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

2 - LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU "DROIT À LA DIFFÉRENCE"

Si l'intégration dépasse le concept d'assimilation (62) ou de l'insertion, l'adaptation du principe d'égalité aux diverses situations individuelles, c'est-à-dire les applications des règles relatives aux "droits de la personne" ou "droits de l'homme" correspond plus sûrement à la trame du système juridique français.

Le "droit à la différence" est aussi un "droit à l'in-différence".

Dès lors que "le refus absolu de la différence apparaît parfois comme une amputation (63)", la notion de "différence" doit être distincte d'un concept de "divergence" ; ces deux concepts obéissent chacun à une logique propre : "La différence est "le caractère qui distingue un être d'un autre être" alors que la divergence est "la situation de deux lignes qui vont en s'écartant". De ces deux définitions, il découle que la différence est une non-identité perçue dans la fixité du référent et de la référence (la norme) ; la divergence reflète plutôt une disjonction de

---

(57) Naître français à l'étranger expose l'intéressé à des productions de pièces destinées à prouver sa nationalité ! il n'y eut pas de "naturalisation", et il ne s'agit pas de "réintégration" dans la nationalité française, v. les remarques de P. Bernard, "Français suspects", *Le Monde* du 27 mars 1992.

(58)...ou le temps de résidence en France ; par ex. C.E. 31 mars 1989, *Min. des Affaires soc. et de l'emploi c/Allouache*, rec. 109.

(59) Daniel Behar, "Les moyens de partir, l'envie de rester", *Projet*, 1991, *op. cit.*, p. 34.

(60) Cf. Jean-Claude Rouchy, "Identification et groupe d'appartenance", *Connexion*, 1990/1, n° 55, p. 45 et *s.* ; Erwan Dianteill, "Les associations d'immigrés comme lieux de reproduction élargie de l'identité-appartenance : l'exemple des associations espagnoles de Paris", *Cah. de Sociol.-économique et culturelle*, 1992, n° 17, p. 29 et *s.*

(61) Car, malheureusement, le "regard des autres" prime : "la différence fonde, chez les plus modérés une logique de la ségrégation, et chez les plus extrémistes une volonté d'expulsion" : Alain Minc, "L'éternel débat entre l'égalité et la différence", *Hommes et migrations*, n° 1110, 1988.

(62) Cf. doss. *Exclusion, séparation, discrimination, Actes, les cahiers d'action juridique*, 1985, n° 51 ; Jacqueline Costa-Lascoux, "Assimiler, insérer, intégrer", *Projet*, 1991, n° 227, p. 7 et *s.* Par ex. C.E. 24 février 1992, *M. de Boucar*, req. 74689 : application de la notion d'assimilation lors des procédures de réintégration dans la nationalité française ; pour la naturalisation, les paramètres de "bonnes vie et mœurs" jouent le même rôle : par ex. C.E. 10 janvier 1992, *Hammi*, req. 95099.

(63) Alain Minc, "L'éternel débat entre l'égalité et la différence", *Hommes et migrations*, 1988, *op. cit.*.

deux différences, ce qui sous-entend l'existence d'un mouvement ou d'une volonté (64)". La différence est une partie intégrante de l'identité d'un individu donné, ni construite, ni élaborée, et pouvant être "cultivée" sans mériter l'opprobre sociale. Elle pourrait être considérée comme irréductible, inaliénable puisque liée à la disposition "innée" de l'être.

Le Préambule de la Constitution de 1946, après avoir affirmé que "tout être humain sans distinction de race, de religion, ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés" dispose que "La Nation assure a l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. (...) La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture...". L'épanouissement de l'individu est un des buts de l'idéologie des droits de l'homme ; les textes français relatifs aux droits de l'homme et libertés publiques, les déclarations et les conventions internationales relatives aux droits civils et politiques, et plus encore aux droits économiques, sociaux (65) et culturels de l'homme, l'affirment systématiquement.

La lecture de ces textes autorise une construction des fondements juridiques du "droit à la différence" : outre le schéma individualiste proposé par la Déclaration des Droits de l'homme de 1789, au-delà du fait que le mot "homme" est équivalent à celui de "citoyen" dans la plupart des textes relatifs aux libertés fondamentales (66), la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales s'attache à définir ces droits en rapport avec la personne humaine.

Le droit à la vie, le droit à la liberté et à la sûreté sont les dominantes qui jalonnent l'approche du droit à la différence : "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation" (art. 14).

Ainsi en est-il du droit au respect de sa vie privée et familiale (67), de son domicile et de sa correspondance (68) (art. 8-1), du droit à la liberté de pensée de conscience et de religion et de manifestation de ses opinions (69) (art. 9-1, art. 10), du droit de se marier (70) (art. 12), de la liberté de circulation et de résidence (71)

---

(64) Raphaël Romi, *L'étendue du droit des individus à la divergence*, Th. Toulouse, 1981, P. Univ. Lille, p. 13.

(65) Cf. notamment la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (*J.O.*, 9/10/74).

(66) Dans la Constitution française, l'article 3 relie essentiellement la qualité "d'électeur" à celle de "national" sans faire référence au mot de "citoyen", alors que celui-ci est présent dans l'article 2 à propos du principe d'égalité devant la loi. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 a usé de ce mot de "citoyen" sans référence directe à une nationalité, pour le développer et non le restreindre à l'"électeur" dans le jeu d'un espace européen.

(67) ...à la racine du "droit au regroupement familial" : C.E. 8 décembre 1978, *G.I.S.T.I. et autres*, rec. 493 ; droit limité par la notion de "ressources suffisantes" : par ex. C.E. 7 décembre 1990, *Keles*, rec. 352.

(68) ...l'appréciation que fait le juge administratif de ces droits demeure nuancée : par ex. C.E. 10 avril 1992, *Aykan, Minin, Marzini*, (3 esp.), *A.J.D.A.*, 1992, p. 372.

(69) Cf. avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 : v. Jean Rivero, "Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse", *R. fr. Dt. Adm.*, 1990, p. 1 et s. ; J.C.P. "Laïcité scolaire, l'avis du Conseil d'État sur le port du voile islamique à l'école", *A.J.D.A.*, 1990, p. 39 et s. ; la question comme la réponse évoquent "l'appartenance à une communauté religieuse" Reste le risque d'un renvoi à l'ordre juridique minoritaire, v. Danièle Lochak, "Les minorités et le droit public français...", dir. A. Fenet, G. Soulier, *Les minorités et leurs droits...*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 145 et s. ; Jean-Pierre Willaime, "État, pluralisme et religion en France - Du monopole à la gestion des différences", p. 38 et s., dir. J. Bauberot, *Pluralisme et minorités religieuses*, éd. Peeters, *op. cit.*.

(70) Cf. Pascal Boucaud, "Le droit de se marier", *Rev. trim. Droits de l'homme*, 1992, n° 9, p. 3 et s. ; le mariage devient "normalisé" dans ses effets : par ex. avis (renvoi, question) du C.E. 9 octobre 1992, *M. Abihilali...* des conséquences sur la situation d'un étranger du "mariage de complaisance", *J.O.*,

(art. 2 - Protocole n° 4)... Ces "droits" permettent à tout individu de faire état de "sa" différence propre, indépendamment de toute (prétendue ou non) appartenance à un groupe déterminé. La détermination internationale du principe de non-discrimination en augmente l'intensité.

La liberté de disposer de soi, et ainsi d'affirmer "corporellement" ou physiquement de sa différence peut-elle être réduite ? Le droit de disposer de son corps, en passe d'être reconnu du fait de la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, connaît aujourd'hui, quelques atermoiements dans son application concrète, (par ailleurs, nulle loi n'interdit les tatouages...). Mais le droit de refuser la procréation a-t-il comme revers le droit encore incertain de procréation, comme s'il existait un "droit à enfant" (72) ? La loi 31 décembre 1987 sur la provocation au suicide semble difficile à opposer à toute tentative personnelle sur son corps (73) ; quant à la notion de "droit de mourir dans la dignité", elle commence à peine à faire son apparition dans les circuits de réflexions juridiques.

Mais la liberté est-elle aussi "d'afficher", de manifester individuellement sa différence ? Le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse ne pourrait-il devenir que le port de signes révélant "sa propre croyance" religieuse (74) ? Pourquoi étendre la manifestation "vestimentaire" personnelle à la dimension collective rituelle ? La question posée au Conseil d'État en 1989, se justifiait non seulement parce qu'elle concernait un lieu spécifique qui trouve sa cohérence autour du principe de neutralité des services publics et notamment autour de la notion de laïcité, mais surtout parce qu'elle mesurait la particularité des relations familiales, dans la pression "adulte" sur un enfant mineur. Pourrait-elle revêtir, hors de ces établissements d'enseignement public, le même développement pour le "majeur" ? rien n'est moins sûr.

Et le "droit à la différence" responsabilise chacun dans son identité, dans la construction de sa personnalité. De même qu'il responsabilise l'autre dans l'acceptation de cette différence, dans l'affirmation de sa force essentielle de tolérance.

Le "droit à la différence" est donc un droit qui ne se réglemente pas. Immanent à la personne humaine, sa seule limite est nécessairement une certaine conception de l'ordre public qui refuse la provocation et le prosélytisme, qui réprime l'incitation à la haine raciale et les propos xénophobes et antisémites.

Comment mesurer l'impact de la notion de "moralité publique" dans ce cadre (75) ? Jusqu'alors, la fonction de la "moralité publique" s'inscrit essentiellement par rapport aux mœurs sexuelles, parfois suivant des paramètres douteux et dépourvus d'objectivité, ne faudrait-il pas éviter qu'elle influence la détermination de ce droit encore mal apprécié qu'est le droit à la différence, désignant le "normal" dans l'affirmation de son identité ? Mais, en ce que ce "droit à la différence" repose sur des "faits" et non pas seulement sur des actions ou des revendications, cette opposition insidieuse d'une "moralité publique" ne saurait trouver de fondements juridiques.

En effet, confirmant les données initiales d'un "droit à la différence", les dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, ratifiée par la France le 28 juillet 1971,

---

24/10/92, concl. Ronny Abraham, Rev. fr. Droit adm. 1993 p. 175 et *s.* ; v. aussi Jacqueline Rubellin-Devichi, "La justice et les mariages blancs", id. p. 166 et *s.*

(71) Encore que la Convention envisage le "droit de quitter son pays", c'est-à-dire d'émigrer et ne dit mot d'un droit d'immigrer...

(72) Cf. Jean-Louis Baudoin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme de quel droit ?* éd. P.U.F., 1987.

(73) L. n° 87-1133 du 31 décembre 1987 (art. 318-1 et 318-2 du Code pénal), *J.O.*, 1/01/88.

(74) V. C.E. 2 novembre 1992, *Khérouaa et autres*, note Geneviève Koubi, D. 1993, II, p. 108 et *s.*

(75) Cf. Jacques Mourgeon, "De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques", *D.*, 1974, p. 247 et s. ; Sheldon Leader, "Le droit au respect de la vie privée, la mise en œuvre de la morale et la fonction judiciaire : un débat", *R.R.J. Droit prospectif*, 1991, p. 1 et *s.*

signifient clairement le "droit à l'indifférence" qui lui est corollaire, notamment en ce qui concerne les refus de l'exclusion fondée sur des caractéristiques "subies car non choisies", à assumer par chacun, à accepter par l'autre. L'article 1er précise : "Dans la présente Convention, l'expression "discrimination raciale" vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique". Les "droits" que les États s'engagent ainsi à protéger font l'objet d'une énumération dans l'article 5 de la Convention : ils concernent justement ces quelques droits qui permettent à chacun de vivre selon sa propre conscience d'être ce qu'il est...

Mais, le discours du Droit ne serait-il pas trop protocolaire pour assurer la pacification qu'exige la conciliation de l'égalité et de la différence ? Cette conciliation passerait-elle nécessairement par la reconnaissance juridique des minorités ?

La diversification des règles de droit tend à institutionnaliser la saisie de la "différence" dans le jeu des collectivités, groupes, communautés, régions ou minorités. L'individu n'échapperait-il pas au groupe ? : "...accepter d'inscrire ces différences dans le droit, c'est admettre que l'appartenance au groupe crée une situation spécifique dont le droit peut légitimement tenir compte, mais c'est aussi, au-delà, reconnaître l'existence du groupe en tant que groupe, sinon toujours de la minorité en tant que telle ; c'est, en tout cas, aller dans le sens d'une institutionnalisation des différences que l'on avait plutôt jusque-là tendu à occulter, même si ce nouveau mode de gestion des spécificités ne va pas sans contradictions ni ambiguïtés" (76).

Reste à inventer la dynamique du "droit à l'indifférence" qui pourrait trouver sa source, au-delà de l'acceptation du pluralisme et du concept indéterminé de tolérance, dans l'analyse du principe de laïcité, en ce que ce principe suppose justement "l'indifférence de l'État" envers les cultes et les affaires religieuses. Et le glissement du légal au normal serait freiné, le changement trouverait enfin une transcription juridique.

Ainsi, seulement le "droit à la différence" individuel se doublerait d'un "droit à l'indifférence" social. Nulle approche de la "normalité" ne viendrait alors se superposer à la normativité...

(76) Danièle Lochak, "Les minorités et le droit public français...", *Les minorités et leurs droits....*, L'Harmattan, *op. cit.*, p. 151.

MADAGASCAR

LA CONSTITUTION DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE DU 19 AOÛT 1992 *

Par

Maurice-Pierre ROY
Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

Le souffle du changement qui balaie aujourd'hui le continent africain n'a pas épargné la grande Île. En août 1992 Madagascar s'est dotée de sa troisième constitution qui marque une étape nouvelle dans son histoire politique, depuis l'indépendance. Histoire brève, mais intense et mouvementée. En un peu plus de trois décennies, elle a vécu sous deux Républiques et un régime transitoire dominé par les militaires.

La République Malgache indépendante proclamée le 26 juin 1962 est assise sur la constitution de 1959. À l'instar de celle des autres États Francophones d'Afrique Noire, elle s'inspire largement de la constitution française du 4 octobre 1958. Elle institue un parlementarisme rationalisé caractérisé par un déséquilibre au profit de l'exécutif. Dès le lendemain de l'indépendance, cette constitution connaît deux révisions substantielles votées par le Parlement (révision de 1960 et de juin 1962). Ces révisions accentuent la primauté de l'exécutif par l'instauration d'un présidentialisme renforcé au sein duquel le Président de la République cumule les attributs de chef de l'État et de chef de gouvernement. Cette évolution constitutionnelle dans le sens de la prééminence présidentielle ne conduit pas comme sur le continent à un glissement vers un régime dictatorial de type monopartisan mais vers un régime animé par la débonnaire mais forte personnalité du Président Ph. Tsiranana, soutenu par un parti largement dominant le P.S.D (1) Madagascar connaît la stabilité politique jusqu'en 1972. Le Président Tsiranana plébiscité pour un troisième mandat avec 99 % des suffrages en janvier 1972 est contraint de céder le pouvoir le 13 mai, sous la pression populaire (2). La Ière République disparaît en fait le 18 mai

---

* Communication présentée au IIème Congrès Français de Droit Constitutionnel (Bordeaux 13 - 15 mai 1993).

(1) Cf. C. Cadoux : La République Malgache, Berger-Levrault, Paris 1979 - "Madagascar" in Encyclopaedia Universalis.

(2) Le Doyen Cadoux remarque malicieusement que la Ière République Malgache donne l'impression d'imiter l'ancienne métropole jusque dans sa chute : «elle s'effondre lors d'une journée du "13 mai 1972" qui restera dans les annales malgaches aussi célèbre que la journée du 13 mai 1958 en France qui fût à

1972 lorsque Ph. Tsiranana confie les pleins pouvoirs au général Ramanantsoa, en droit avec le référendum d'octobre 1972 qui instaure, par la loi constitutionnelle du 7 novembre 1972, un régime provisoire pour une durée maximale de cinq ans. Durant la période 1972-1975 les militaires se succèdent à la tête de l'État (3) ; cette période troublée s'achève par l'investiture officielle du capitaine de frégate D. Ratsiraka (bientôt autopromu amiral) comme président du Conseil Supérieur de la Révolution et par l'approbation par le peuple Malgache, par 96 % des voix et par un seul vote, de la nouvelle Constitution ; de l'élection à la Présidence de la République, pour 7 ans, de l'unique candidat D. Ratsiraka ; et de la Charte Nationale de la Révolution Malgache (communément appelée le «petit livre rouge», ce document idéologique, de tonalité marxiste, rédigé par D. Ratsiraka justifie le choix du socialisme révolutionnaire). Le 31 décembre 1975 est promulgué le texte de la constitution de la République Démocratique de Madagascar, plus communément dénommée IIème République.

L'édifice constitutionnel emprunte au constitutionnalisme soviétique (référence au centralisme démocratique - distinction pouvoir d'État - administration d'État - souveraineté populaire - hiérarchie des structures - rôle exclusif du Front National pour la défense de la révolution), mais aussi aux mécanismes de nature présidentielle et parlementaire de la constitution de 1959 (4) «D'où, souligne le Doyen Cadoux, un certain amalgame juridico-politique, une combinaison de techniques puisées dans les systèmes constitutionnels libéraux et socialistes» (5). Le trait caractéristique est incontestablement la place prépondérante confiée au Président qualifié "d'organe supérieur du pouvoir d'État" par l'article 47 : "Tout provient du chef de l'État - et tout revient à lui" (6).

La grande Île après 12 ans d'anticommunisme militant (1960-1072) et une phase de transition particulièrement troublée (1972-1975) s'engage sous le leadership de D. Ratsiraka sur la voie du socialisme et figure dans la catégorie des "États à orientation socialiste" (7). Le nouveau régime s'est lancé dans un vaste programme économique inspiré du modèle soviétique. L'expérience s'est révélée désastreuse. D. Ratsiraka a conduit son pays, qui avait tout pour vivre heureux (Madagascar était surnommée l'Île heureuse) à la faillite économique et à la paupérisation absolue.

Le bilan est négatif dans tous les domaines (8). Dans le secteur économique, la mainmise de l'État sur la commercialisation des produits agricoles a complètement démobilisé les paysans. L'effondrement de la production vivière a provoqué de nombreux cas de famine (l'exempte le plus caractéristique est celui du riz : avant 1975 Madagascar était un exportateur, quelques années plus tard le pays était devenu importateur, et cet aliment de base de la population devait être rationné). L'inflation, l'endettement, le gaspillage des investissements, le pillage des finances publiques ont fait de Madagascar le dixième pays le plus pauvre du monde avec un PNB de 229 dollars par habitants (9). Conscient de la faillite, le régime change radicalement de

---

l'origine de l'effondrement de la quatrième République» in C. Cadoux et alii : La IIème République Malgache, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1989, p. 7.

(3) Cf. C. Cadoux: «1972-1976 vers l'édification d'un État de type nouveau» in la IIème République Malgache, op. cit., p. 9-51.

(4) Sur la IIème République de Madagascar, cf. J. de Gaudusson : «Madagascar» in Constitutiones Africae, Bruylant 1988 - C. Cadoux: «1972-1976 vers l'édification d'un État de type nouveau» art. cité.

(5) C. Cadoux, art. cité.

(6) C. Cadoux, idem.

(7) Cf. P. Chaigneau : «Un mode d'orientation socialiste à la périphérie du système : le cas singulier de Madagascar» in Pouvoir n° 21, 1982 consacré au "système communiste mondial".

(8) Cf. P. Rajoelina : Quarante ans de la vie politique de Madagascar (1947-1987) l'Harmattan Paris 1988 - M. Klein "La détresse de Madagascar" Revue de Défense Nationale, nov. 1992.

(9) Madagascar est le plus pauvre des pays de l'Océan Indien. Le PNB par tête en 1991 est de 5114 dollars aux Seychelles, 2642 à Maurice, 419 aux Comores et 229 à Madagascar, cité in L'État du Monde 1993, La Découverte p. 317.

politique en 1986 ; D. Ratsiraka accepte d'administrer à son pays un "remède de cheval", il s'en remet aux experts du FMI et de la BIRD et à leurs plans d'ajustement structurels même si la population pâtit lourdement de cette politique (10). La colère du peuple Malgache prend alors le pas sur la résignation. À partir de 1991, l'Île est paralysée par des manifestations de masse à l'encontre des dirigeants politiques. Longtemps brouillonne et divisée l'opposition commence à s'organiser, pour se rassembler finalement au sein d'un Comité des "Forces vives". La place du 13 mai à Tananarive - haut lieu des mouvements contestataires du 13 mai 1972 ayant entraîné la chute du régime de Ph. Tsiranana est envahie quotidiennement par plus de 300.000 personnes. La fièvre démocratique s'est emparée de la population (11).

L'agitation est orchestrée par le comité national des "Forces vives" qui a résumé ses revendications en une seule formule : le départ de Ratsiraka. La grève générale est décidée. Les mois de juillet et d'août sont ponctués par une série d'épisodes des plus rocambolesques (création d'un gouvernement provisoire de transition présidé par A. Zafy, parallèlement le gouvernement légal continuant de fonctionner - enlèvement par des commandos de "ministres bis" et d'A. Zafy) aux plus tragiques. La "Marche de la liberté" sur le palais présidentiel - le 19 août - pour réclamer le départ du Président Ratsiraka - s'achève dans un bain de sang. Le Président fait ouvrir le feu par sa garde présidentielle ; le bilan est tragique : plusieurs dizaines de morts.

Le Président est alors obligé de composer avec ses adversaires. S'ouvre alors un processus de transition démocratique véritablement imposé par la rue.

La transition démocratique imposée par le rue :

Elle s'opère à la suite de manifestations de masse et de violences parfois sanglantes. Dans ce schéma le pouvoir politique, cédant à la pression populaire n'entreprend des réformes que pour désamorcer la crise et prévenir d'autres troubles. La transition démocratique à Madagascar va se dérouler en trois temps : le conclave de l'hôtel Panorama (oct. 1991) - le Forum National (mars 1992) - le Référendum constituant du 19 août 1992.

Du 29 au 31 octobre se tient dans les salons de l'hôtel Panorama une réunion à laquelle participent le Premier Ministre G. Razanamasy, des représentants du mouvement des Forces vives, du Conseil National des Églises et de la coalition soutenant encore le Chef de l'État. Une convention est signée par toutes les parties participantes à ce conclave de l'hôtel Panorama ; elle sera approuvée par l'Assemblée Nationale Populaire le 21 novembre. Ce texte fondamental porte création d'un État provisoire de transition vers la IIIème République Malgache. Il organise une transition en douceur par la mise en place d'un pouvoir d'État - et non plus insurrectionnel - en mesure sinon de remplacer sur le champ, du moins de neutraliser celui de D. Ratsiraka demeuré en place.

La Convention du 31 octobre 1991 crée un édifice institutionnel composé de quatre éléments.

- La Haute Autorité de l'État : instance d'une trentaine de membres sous la houlette de M. Zafy (dirigeant du mouvement d'opposition "les forces vives"), elle hérite pour une période de transition ne pouvant excéder 18 mois, des attributions de l'Assemblée Nationale Populaire et du Conseil Supérieur de la Révolution qui sont dissous.

- Le Président de la République : contre toute attente et subrepticement, la convention conserve le Président mais réduit ses compétences. Symbole de l'unité

(10) Cf. G. Durufle : L'ajustement structurel en Afrique, Karthala Paris 1988, notamment la IIIème partie consacrée à Madagascar.
(11) Cf. B. Ravelojaona : "Madagascar, la logique de crise", année Africaine, 1990-1991.

nationale, il demeure chef des forces armées et de la diplomatie, exerce le droit de grâce et confère les décorations. Bref, D. Ratsiraka demeure en fonction, mais il ne fait qu'inaugurer les chrysanthèmes.

- Le gouvernement : un cabinet de 24 membres dirigé par le Premier ministre, M. Razanamasy nommé en août par D. Ratsiraka, mais suffisamment élargi pour inclure des opposants. Le Premier ministre doit légiférer par voie d'ordonnance après avis de la Haute Autorité de l'État devant laquelle il est responsable.

- Le Comité de redressement économique et social : organisme de 131 membres qui a pour tâche de faire des propositions au Premier ministre. Il est coprésidé par deux personnalités historiques, deux dinosaures de la politique R. Andriamanjato et Manandafy Rakotonirina.

La crise politique qui paralysait Madagascar depuis 7 mois, prend officiellement fin le 23 novembre 1992 avec l'entrée en fonctions de la Haute Autorité de l'État lors d'une cérémonie présidé par les autorités ecclésiastiques.

Cette cérémonie ouvre la voie à une conférence chargée d'élaborer la Constitution de la IIIème République Malgache.

- Le Forum National

La mise au point du texte de la future constitution va s'effectuer à deux niveaux. Une première discussion a lieu lors de forum régionaux tenus dans les six provinces de la grande Île. Un second débat, se déroule ensuite à Tananarive. À l'initiative du Conseil des Églises chrétiennes de Madagascar (FFKM), les Malgaches vont vivre du 22 au 29 mars 1992 leur conférence nationale baptisée Forum National. Ces nouvelles assises, consécration des six forum régionaux, réunissent environ 1900 délégués : à la centaine de délégués envoyés par chaque province pour participer à cette "finale", s'ajoutent des délégués des partis politiques et des groupes socio-professionnels au niveau national.

Ce Forum National, d'une durée limitée à une semaine (symboliquement il doit se clore le 29 mars, jour du 45ème anniversaire du déclenchement de la rébellion nationaliste de 1947) a pour tache de proposer la nouvelle constitution à soumettre à référendum. Les débats de ce Forum se sont polarisés sur le refus du fédéralisme (Fédération entre les six provinces de Madagascar) prôné par les fidèles de D. Ratsiraka, et sur l'éventuelle interdiction pour ce dernier de briguer un nouveau mandat présidentiel.

Cette procédure complexe d'élaboration du projet constitutionnel, soumis à de nombreux amendements (souvent de compromis) est à l'origine des lacunes, comme des insuffisances de forme et de fond d'un texte parsemé de redites ou d'incohérences.

- Le référendum constituant du 19 août 1992

Un an, presque jour pour jour, après le massacre par la garde présidentielle de plusieurs dizaines de manifestants à Iavoloha devant le palais-bunker de D. Ratsiraka, les électeurs sont appelés à se rendre aux urnes pour répondre à la question suivante "Acceptez-vous le projet de constitution ci-joint, réaffirmant l'unité nationale et prônant la démocratie pour l'avènement de la troisième République Malgache ?" En se rendant massivement aux urnes (80 %), malgré les obstructions et les actes de violence, et en approuvant à une très forte majorité (75 % des suffrages exprimés) la nouvelle constitution, les Malgaches ont signifié leur volonté de voir enfin tourner la page de la IIIème République de 1975 et il ne fait guère de doute que ce oui franc et massif revêt toutes les apparences d'un vote sanction à l'encontre de D. Ratsiraka qui s'est engagé en faveur du "non".

La Constitution de la IIIème République se distingue par bien des points de sa devancière.

Rompant avec le régime socialiste-tiers mondiste de 1975, elle contient une proclamation solennelle des droits et libertés d'où se dégage une philosophie politique, économique et sociale de type libéral. L'objectif a changé : à la réalisation d'une société socialiste se substitue une volonté d'instaurer "un État de droit... sous le contrôle d'une justice indépendance". Enfin au monopartisme elle substitue le multipartisme.

Quatre grands principes sous tendent le jeu des institutions de la IIIème République

- La République une et indivisible (art. 1er) est organisée en collectivités territoriales décentralisées (art. 2) dont le titre VII réglera les compétences et les rapports qu'elles entretiennent avec l'État.
- La souveraineté appartient au peuple (art. 6) et non plus au seul peuple travailleur (1975 art. 3).
- La démocratie est représentative : le peuple exerce sa souveraineté par l'intermédiaire de représentants élus au suffrage direct ou indirect ; le référendum ne joue qu'un rôle marginal en matière de révision constitutionnelle.
- Le principe de séparation des pouvoirs préside à l'organisation de l'État (art. 41).

La volonté de rupture avec le régime de la IIIème République, a conduit les auteurs de la constitution dans une double voie : la parlementarisation du régime politique (I) et l'institutionnalisation de l'État de droit (II).

I - LA PARLEMENTARISATION DU RÉGIME POLITIQUE

L'organisation constitutionnelle mise en place par la constitution de 1992 repose sur la séparation des pouvoirs. L'article 41 déclare que la structure de l'État comporte - le pouvoir exécutif, composé du Président de la République et du gouvernement - le pouvoir législatif formé par l'Assemblée Nationale et le Sénat - le pouvoir judiciaire (12). La lecture du texte constitutionnel suggère le caractère parlementaire du régime. Dès le préambule, le peuple Malgache proclame son choix en faveur de "la séparation et l'équilibre des pouvoirs qui doivent être exercés à travers des procédés démocratiques".

L'ingénierie constitutionnelle mise en place est celle d'un régime parlementaire rationalisé.

- Le titre IV repartit le pouvoir exécutif entre le Président de la République et le gouvernement. En apparence, comme dans tout régime parlementaire l'exécutif est bicéphale ; en réalité le Président bien qu'élu au suffrage universel est cantonné dans un rôle secondaire, la réalité du pouvoir est remise au gouvernement et au Premier ministre.
- Les deux piliers de ce régime parlementaire sont d'une part le gouvernement et d'autre part le Parlement
- Les pouvoirs exécutif et législatif sont séparés mais collaborent entre eux et possèdent l'un vis à vis de l'autre des moyens d'équilibre (la responsabilité du gouvernement est minutieusement organisée et le droit de dissolution, certes entouré de conditions rigides, est remis au gouvernement).

On envisagera successivement les trois acteurs de ce régime parlementaire : le Président de la République - le gouvernement - Le Parlement.

(12) Il est rare de voir une constitution africaine comporter trois titres clairement intitulés "pouvoir exécutif" (titre IV) - pouvoir législatif (titre V) - pouvoir judiciaire (titre VI).

1 - LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Élu par le peuple au suffrage universel direct, il exerce les attributions habituelles d'un chef d'État parlementaire.

A - La désignation et le statut

La désignation par le peuple Malgache lui confère la légitimité du seul élu national face au Premier ministre et aux députés. Deux facteurs semblent avoir joué, de manière inégale, en faveur du choix de ce procédé : d'une part la tradition constitutionnelle Malgache : sous les Républiques précédentes, le Président était élu au suffrage universel direct ; d'autre part le souci de trouver une sortie honorable pour le Président Ratsiraka qui avait proclamé haut et fort, à plusieurs reprises, son refus de "s'éclipser du pouvoir comme un voleur", et sa volonté de quitter le pouvoir "dans des conditions démocratiques" (13), c'est-à-dire si le peuple le lui demandait par la voie des urnes.

Le président est élu pour une période cinq ans et rééligible une fois (art 45) ; le quinquennat succède donc au septennat des régimes antérieurs ; le risque de continuisme est éliminé (14). De surcroît pour tenter d'égaliser les chances des candidats, l'article 46 dispose que le président en exercice, qui désire se porter candidat, doit démissionner la veille de l'ouverture de la campagne électorale.

L'élection se déroule, comme antérieurement, au scrutin majoritaire à deux tours. Est proclamé élu au premier tour, le candidat qui recueille la majorité absolue des suffrages exprimés, et au second tour celui des deux candidats en lice qui obtient le plus grand nombre de voix (art. 47).

La suppléance est exercée par le Président du Sénat soit en cas de vacances, soit en cas d'empêchement temporaire (qui ne saurait excéder trois mois) ou d'empêchement définitif déclaré par la Cour constitutionnelle saisie par une résolution adoptée à la majorité des deux tiers des députés composant l'Assemblée Nationale (art. 50-51 et 52).

La Constitution respecte ce dogme de l'orthodoxie parlementaire qu'est le principe de l'irresponsabilité politique du chef de l'État ; tous les actes accomplis par lui sont soumis à l'obligation de contreseing par le Premier ministre et les ministres chargés de leur exécution (art. 60). Néanmoins, l'irresponsabilité du Président n'est pas absolue : dans deux hypothèses, sa mise en cause est prévue par la Constitution :

- Responsabilité pour violation de la constitution : dans ce cas, selon l'article 50, son empêchement définitif peut être déclaré par la Cour Constitutionnelle (saisie par une résolution votée à la majorité des deux tiers des députés composant l'Assemblée Nationale).

---

(13) Cf. le Monde 5.10.1991, Jeune Afrique n° 1613, 20.11.1991.

(14) Sous la I° République Ph. Tsiranana élu le 1er mai 1959 - à l'unanimité par le parlement comme premier président de la République Malgache - sera réélu en 1965 avec 97 % des voix et en janvier 1972 avec 99,97 % des suffrages. Sous la IIème République D. Ratsiraka avait fait l'économie d'une élection en se faisant désigner à l'occasion du référendum constitutionnel du 21 déc. 1975 - en 1982 il est élu avec 72 % des voix face au vieux candidat nationaliste Monja-Jaona (dans la capitale celui-ci obtient 49,2 % des suffrages) - en 1989 est reconduit pour la troisième fois dans ses fonctions avec 62,7 % des voix face à quatre candidats (dans les grands centres urbains, Ratsiraka n'atteint pas la barre des 50 % des suffrages). Cf. P. Rajoelina, op. cit., P. Chaigneau : "Madagascar : les ambiguïtés d'une réélection", l'Afrique et l'Asie moderne n° 161, 1989.

- Responsabilité pénale : le président est justiciable de la Haute Cour (15) qui possède la plénitude de juridiction (art. 122) - pour les actes accomplis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qualifiés de crimes et délits au moment où ils sont commis. Le Président est mis en accusation par l'Assemblée Nationale, par un vote à bulletin secret et à la majorité absolue des membres la composant (art. 121).

Investi de la confiance populaire, le chef de l'État ne dispose plus de la réalité du pouvoir.

B - Les attributions

L'article 44 désigne le Président comme Chef de l'État et symbole de l'unité nationale, et définit son triple rôle : gardien de la constitution - arbitre chargé d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics - garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité territoriale. Mais l'utilisation de ces pouvoirs est limitée par la nécessité d'obtenir le contreseing du Premier ministre (art. 60), ce qui dans la tradition parlementaire correspond à un transfert au profit de ce dernier. Cela étant, la gamme étendue des attributions présidentielles se répartit formellement en deux catégories : celles qu'il exerce seul, et celles qu'il exerce en Conseil des ministres.

a) Les attributions en Conseil des ministres

Le Président de la République préside le Conseil des ministres (art. 54). Il nomme aux hauts emplois de l'État dont la liste est fixée par la loi mais il peut déléguer ce pouvoir au Premier ministre (art. 56) et trois membres de la Cour constitutionnelle (art. 107). Il signe les décrets et les ordonnances délibérés en Conseil des Ministres [selon l'article 96, le Parlement par un vote à la majorité absolue de chaque chambre peut déléguer son pouvoir de légiférer au Président]. Il proclame l'état d'urgence ou l'état de nécessité nationale ou la loi martiale après avis conforme du Président de l'Assemblée Nationale, du Sénat et de la Cour constitutionnelle (art. 59). La proclamation de l'État de nécessité nationale lui confère des pouvoirs spéciaux dont la durée et l'étendue seront précisées par la loi. Toutefois, la prolongation de l'état de nécessité nationale, au delà de quinze jours, ne peut être autorisée que par le Parlement (art. 82 VI). Il convoque l'Assemblée Nationale en session extraordinaire (art. 72). Il doit la dissoudre conformément à la décision prise en Conseil des ministres (art. 95) (16). Il possède, concurremment avec les parlementaires, l'initiative de la révision constitutionnelle (art. 138). Il peut décider de soumettre, et dans certains cas (modification concernant le préambule, les titre I, II, III et VII de la Constitution) a l'obligation de soumettre la révision à un référendum (art. 140). La révision constitutionnelle échappe alors au Parlement. En revanche, contrairement aux régimes précédents (17) le Chef de l'État ne peut pas recourir au référendum législatif et priver le parlement de sa compétence.

(15) Selon l'art. 123 la Haute Cour de Justice est composée de neuf membres : cinq magistrats - deux députés et deux sénateurs. Le ministère public est représenté par le Procureur général de la Cour Suprême. L'organisation et la procédure à suivre devant la Cour sont fixées par la loi (art. 124).
(16) En matière de droit de dissolution, il existe une incohérence entre l'article 58 selon lequel "le Président de la République peut dissoudre l'Assemblée Nationale sur proposition du Conseil des ministres" et l'article 95 "... la dissolution peut être décidée en Conseil des Ministres. La dissolution sera prononcée conformément à cette décision par décret du Président de la République". Compétence discrétionnaire ou compétence liée ?
(17) C. 1959, art. 34 al. 4, C. 1975, art. 56 et art. 82.

b) Les attributions personnelles

La liste est longue de ces compétences exercées - rappelons le - avec l'exigence du contreseing qui leur ôte toute portée réelle. Le Président possède le droit de grâce (art. 56). Il dispose de pouvoirs diplomatiques : - il accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères, les ambassadeurs étrangers sont accrédités auprès de lui - il négocie et ratifie les traités (après autorisation du Parlement) et est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification (art. 56). En matière de défense, il est le chef suprême des forces armées et à ce titre préside le Conseil Supérieur de la Défense Nationale, il décide de l'engagement des forces armées et des moyens militaires pour les interventions extérieures (art. 55 (18), il nomme les militaires appelés à représenter l'État Malgache auprès des organisations internationales.

- Le président nomme le Premier ministre après son investiture par l'Assemblée Nationale (art. 53) et conformément aux propositions du Premier Ministre nomme et révoque les autres membres du gouvernement. Il exerce - en la matière - une compétence liée et n'a aucune influence ni sur le choix du Premier ministre ni sur la composition du gouvernement. Il retrouve éventuellement un pouvoir discrétionnaire en cas d'incapacité de l'Assemblée Nationale à investir un Premier ministre (art. 90). Enfin, il nomme un tiers des membres du Sénat sur présentation des organisations et groupements légalement constitués (art. 77).

Il communique avec le Parlement par des messages ne donnant lieu à aucun débat (art. 89). Il promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la transmission par l'Assemblée nationale du texte définitivement adopté (ce délai pouvant être réduit à cinq jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée). À défaut de promulgation dans les délais prévus, le Président du Sénat peut suppléer le Président de la République (art. 57). Avant l'expiration de ces délais, il peut demander à l'Assemblée Nationale une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles (art. 57 al. 2). Cette demande de seconde délibération de la loi qui ne s'adresse pas au Sénat semble peu cohérente avec l'article 82 en vertu duquel la loi est votée par le Parlement. Enfin, au titre de l'article 110, avant leur promulgation, les lois sont déférées à la Cour constitutionnelle par le Président pour contrôle de constitutionnalité. Une disposition jugée inconstitutionnelle par la Cour ne peut être promulguée ; dans ce cas le Président a le choix entre trois solutions - ne pas procéder à la promulgation de la loi - promulguer les autres dispositions de la loi - soumettre l'ensemble du texte à une nouvelle délibération du Parlement (et non de la seule Assemblée Nationale) (19).

Le Président peut saisir, en tant que de besoin, les organes de contrôle de l'administration (art. 56). Enfin, en vertu de l'article 106, il peut - semble-t-il - saisir la Cour constitutionnelle des conflits de compétence entre deux ou plusieurs institutions de l'État, et donc d'un litige entre lui-même et le Premier ministre titulaire du contreseing.

2 - LE GOUVERNEMENT

La réalité du pouvoir réside apparemment dans les mains du gouvernement "composé du Premier ministre et des ministres". Selon l'art. 61 il "détermine et conduit la politique de l'État" et est "Responsable devant l'Assemblée Nationale".

(18) Le Parlement autorise la déclaration de guerre (art. 82 V).
(19) La Constitution n'impartit aucun délai à la Cour Constitutionnelle pour se prononcer. Dès lors les délais fixés pour la promulgation de la loi (15 jours ou 5 jours) risquent de ne pas être respectés. Sur ce point encore la Constitution manque de clarté.

Mais ce gouvernement est dominé par le Premier ministre. La volonté des constituants est de faire de celui-ci le véritable chef de l'Exécutif : "Le premier ministre est le chef du gouvernement" (art. 61 al. 4). En créant le poste de Premier ministre (20), la constitution de la IIIème République Malgache ne rejoint pas le mouvement général contemporain qui, en Afrique Noire Francophone, conduit les chefs d'États à déconcentrer la fonction présidentielle sans pour autant affaiblir leur pouvoir de décision (Sénégal - Côte d'Ivoire - Cameroun), mais engendre un bicéphalisme de type parlementaire.

- Le renforcement de la position de Premier Ministre découle tant de la procédure de création du gouvernement, que des attributions allouées au chef du gouvernement.

A - La création du gouvernement

La Constitution organise un système de désignation du Premier ministre qui réduit à peu de chose le rôle du Président de la République, et qui assure, en principe, au gouvernement le soutien de l'Assemblée Nationale (le Sénat ne jouant aucun rôle dans la création du gouvernement).

La nomination d'un nouveau gouvernement est susceptible d'intervenir à trois occasions : au début de chaque législature - en cas de démission du gouvernement - ou pour toute autre cause de vacance de la Primature (art. 90). La Constitution organise une procédure longue, complexe (21) qui risque d'être rendue, dans la pratique, encore plus malaisée par l'émiettement de la représentation parlementaire découlant d'un recrutement à la représentation proportionnelle.

La longue gestation d'un gouvernement se déroule selon l'article 90 en plusieurs phases :

- L'Assemblée Nationale désigne à la majorité simple un Premier ministre - parmi ou en dehors de ses membres - dans un délai de 7 jours à compter de l'ouverture de la session spéciale ou de la déclaration de vacance.

- Dans le délai de quinze jours qui suit son élection, le Premier ministre présente son programme de politique générale à l'Assemblée Nationale et sollicite son approbation par la majorité des membres la composant. Le vote d'investiture requiert le vote personnel et à bulletin secret des députés (qui favorise manoeuvres et manipulations). Le programme de politique générale une fois adopté, ne peut plus être remis en cause par l'Assemblée (art. 91). Il s'agit là d'un véritable contrat de législature passé entre le Premier ministre et l'Assemblée.

- Le Président de la République nomme le Premier ministre ainsi investi. Si la nomination n'intervient pas dans un délai de dix jours, l'investiture prend alors immédiatement effet.

- Le Premier ministre a ensuite l'initiative du choix des ministres et de leur éventuelle éviction du gouvernement. C'est le responsable de l'exécutif qui possède, en la matière, l'essentiel de la prérogative quelle que soit l'autorité formelle de nomination.

L'article 90 tente de surcroît, d'apporter une solution aux difficultés susceptibles de perturber le processus de gestation du gouvernement.

- En cas de refus d'investiture, le Premier ministre dispose d'un délai de sept jours au maximum pour présenter un nouveau programme qui sera adopté par l'Assemblée dans les mêmes conditions que précédemment.

(20) La création d'un poste de premier ministre n'est pas une innovation de la Constitution de 1992 c'est la reprise d'une création de la constitution de 1975 art. 61-62-63. Le Premier Ministre de la IIème République nommé et révoqué par le Président, lui est étroitement subordonné.

(21) Procédure manifestement inspirée de l'article 45 de la Constitution française du 27 octobre 1946.

- En cas de nouveau refus de l'investiture ou au cas où l'Assemblée n'a pas pu procéder à la désignation ou à l'investiture du premier ministre - dans les trente jours à compter de l'ouverte de la session spéciale ou de la date de constatation de la vacance de la Primature, le Président de la République nomme directement le Premier ministre. L'Assemblée est alors dépossédée de son pouvoir de nomination. Cette dépossession n'est pas une pure hypothèse d'école ; sa probabilité de réalisation est élevée compte tenu du mode de scrutin retenu pour le recrutement des députés. La représentation proportionnelle risquant d'empêcher la constitution d'une majorité gouvernementale, le Chef de l'État devra alors intervenir pour pallier la carence de la Chambre.

Pour éviter des représailles immédiates de la part de l'Assemblée ainsi dessaisie, l'article 92 prévoit que dans cette hypothèse, aucune motion de censure ne peut être votée avant la présentation du rapport annuel d'exécution du programme gouvernemental.

Le but de cette procédure complexe est triple :

- d'abord bien manifester que c'est de l'Assemblée Nationale que le chef du gouvernement tient sont droit à gouverner puisque la confiance des députés conditionne la nomination par le Chef de l'État ;

- ensuite garantir que le chef du gouvernement disposera à l'Assemblée d'une majorité sur laquelle il pourra s'appuyer durablement. Par là on veut le faire apparaître comme le chef de la majorité parlementaire ;

- enfin asseoir l'autorité du Premier ministre sur les ministres puisque lui seul a été investi de la confiance de l'Assemblée Nationale et qu'eux-mêmes ne tient leur nomination que de sa volonté.

B - Les attributions du chef du gouvernement

Ce renforcement de la position du Premier ministre - manifestation de la volonté de rationalisation du parlementarisme - se traduit concrètement par le fait qu'il exerce seul de nombreuses prérogatives et les autres en Conseil de gouvernement. Tous les actes sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution (art. 65).

a) Les attributions personnelles

Le Premier ministre reçoit de la Constitution des pouvoirs qui lui sont propres (art. 63) et qui le placent au dessus de ses ministres. Dans la logique du régime parlementaire il dirige l'action du gouvernement dont il est le chef. À ce titre il est responsable de la coordination des départements ministériels. Il possède l'initiative des lois (22) et en assume l'exécution. Il est le chef de l'administration. Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État ainsi qu'à ceux des organisations relevant de l'État (pouvoir partagé avec le Président). Il dispose des organes de contrôle de l'administration et s'assure du bon fonctionnement des organismes publics. Il assure le maintien de la sécurité publique et le maintien de l'ordre ; à cette fin il dispose de toutes les forces chargées de la police, de la sécurité intérieure et de la défense. Il veille au développement équilibré des régions. Il préside le Comité Interministériel de la défense qui est chargé d'élaborer la politique de défense au niveau du gouvernement ; il dispose du Secrétariat Général de la Défense (ces deux dernières attributions doivent se combiner avec celles conférées au Chef de

(22) Le Premier ministre a l'initiative des lois (art. 63) et en Conseil de gouvernement "arrête les projets de lois" art. 64. Le Chef de l'État est ainsi privé de toute intervention en matière d'initiative législative.

l'État en matière de défense). Et enfin il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux membres du gouvernement avec faculté de subdélégation. Les autres attributions sont exercées collectivement avec les membres de l'équipe gouvernementale.

b) Les attributions en conseil de gouvernement

Le Conseil de gouvernement réunit sous la présidence du Premier ministre (art. 63) l'ensemble du gouvernement, c'est-à-dire tous les ministres. Le Président de la République n'y participe pas. Les décisions les plus importantes y sont prises par le Premier ministre à savoir (art. 64) : déterminer la politique générale de l'État et en assurer l'exécution - arrêter les projets de loi à soumettre au Parlement - exercer le pouvoir réglementaire autonome - élaborer le plan général de développement économique et social et celui de l'aménagement du territoire - négocier (!!) et signer les accords internationaux non soumis à ratification. Et enfin exercer les autres attributions pour lesquelles la consultation du gouvernement est obligatoire en vertu de la Constitution et des lois.

3 - LE PARLEMENT

À la différence des États Africains Francophones qui sacrifient tous au monocamérisme, la constitution de 1992 dote Madagascar du parlement bicaméral, renouant ainsi avec la structure de la Ière République (23). Le bicamérisme - manifestement inégalitaire - met en présence deux assemblées : l'Assemblée Nationale et le Sénat (art. 82). Si les règles de recrutement et de fonctionnement du Parlement demeurent classiques, en revanche on relève une croissance significative de son rôle.

A - Le classicisme des règles de recrutement et de fonctionnement

- L'Assemblée Nationale est une chambre démocratique : les députés sont élus pour quatre ans par le peuple Malgache au suffrage universel direct. L'article 66 constitutionnalise le mode de scrutin : la représentation proportionnelle dans le cadre de circonscriptions qui seront définies par la loi. Inévitablement le système électoral produira ses effets dévastateurs : l'émiettement, pour ne pas dire, l'atomisation de la représentation parlementaire. Au demeurant, il ne sera pas aisément modifiable, eu égard à la difficulté de la procédure de révision constitutionnelle.

Le Sénat est désigné, lui aussi, pour quatre ans, mais se renouvelle par moitié tous les deux ans. Sa composition est à l'image de celui de la Ière République ; l'article 77 reprend pour l'essentiel l'article 28 de la constitution de 1959. Le Sénat comprend deux catégories de membres : - deux tiers de sénateurs élus au suffrage universel indirect, dans des circonscriptions électorales à définir, par les représentants des collectivités territoriales (le mode de scrutin étant fixé par la loi) - un tiers de sénateurs, représentants les forces économiques sociales, culturelles et cultuelles (24) nommés par le Président de la République sur présentation des organisations et groupements légalement constitués. Le Sénat se renouvelle par moitié tous les deux ans, dans chacune des deux catégories. Ce double mode de recrutement s'explique par la double fonction de chambre législative et de chambre

(23) La Constitution de 1975 créait une assemblée unique : l'Assemblée Nationale Populaire ; dénomination de type sino-Coréen. En revanche le mot "Parlement" était banni du texte.
(24) La représentation des forces cultuelles n'était pas prévue par la Constitution de 1959. Elle s'explique par le rôle non négligeable joué par le F.F.K.M (Union des Églises chrétiennes de Madagascar) dans le changement de régime et l'éviction de D.Ratsiraka.

consultative (25). Les sénateurs élus au scrutin indirect justifient sa nature de chambre des collectivités territoriales, tandis que les sénateurs nommés lui confèrent son caractère de chambre économico-sociale.

Le mandat impératif est prohibé pour les députés (26). L'article 67 interdit le cumul du seul mandat impératif de député avec tout autre mandat électif et décide l'incompatibilité des fonctions ministérielles avec le mandat de député : «le député nommé membre du gouvernement est démis d'office de son mandat» (art. 67), sans que lui soit laissé une période de réflexion. En revanche les sénateurs échappent à l'interdit du cumul des mandats et des fonctions ministérielles.

- Le Parlement Malgache obéit au rythme des sessions ordinaires et extraordinaires.

* Il se réunit en deux sessions ordinaires par an (art. 71) d'une durée variable : minimum de 60 jours, maximum de 90 jours. Le Parlement siège donc normalement entre quatre et six mois par an ; dans l'intervalle le gouvernement échappe à tout contrôle, et à toute sanction par l'Assemblée Nationale.

* La Constitution autorise la tenue de sessions extraordinaires - pour une durée limitée à douze jours - à l'initiative du Président de la République par décret en Conseil des ministres - ou sur convocation du Président de l'Assemblée nationale à la demande d'un tiers de ses membres (art. 72). Le Parlement peut donc se réunir en session extraordinaire sans intervention de l'exécutif.

* Enfin la constitution prévoit la réunion de plein droit d'une session spéciale de l'Assemblée Nationale (art. 74), le second mardi qui suit la proclamation des résultats de son élection pour procéder à la constitution de son bureau et au choix du nouveau Premier ministre. La session est close après l'investiture de ce dernier.

* Au surplus, le Sénat qui se réunit de plein droit, pendant les sessions de l'Assemblée Nationale, peut être convoqué, en session spéciale, par le gouvernement pour donner son avis sur les questions économiques et sociales et sur l'organisation territoriale (art. 80).

B - La croissance significative du rôle du Parlement

Si le pouvoir délibérant demeure circonscrit, en revanche la fonction de contrôle connaît une extension remarquable, au point de faire de l'Assemblée Nationale la maîtresse de la vie et de la survie du gouvernement.

a) Une fonction délibérante limitée

Comme sous les républiques précédentes - mais dans une moindre mesure que sous l'égide de la constitution de 1975, les compétences législative et financière du Parlement sont strictement circonscrites.

La restriction de la compétence législative

La fonction législative que les chambres assument subit une double restriction due d'une part à l'élargissement de la compétence normative du gouvernement sous la forme de l'attribution d'un pouvoir réglementaire autonome ou sous la forme de délégation législative, et d'autre part au rôle prépondérant joué par le gouvernement dans la confection de la loi.

---

(25) Selon l'article 79 le Sénat examine -en tant que chambre législative- tous les projets et propositions de lois. Mais de surcroît, il doit être consulté par le gouvernement sur les questions sociales, économiques et d'organisation territoriale.

(26) La Constitution de 1975 ne prohibait pas le mandat impératif. L'article 65 instaurait même la possibilité de déchéance des élus par les électeurs.

La restriction du domaine législatif

Si "le Parlement vote la loi" (art. 82) ses pouvoirs, en la matière sont considérablement réduits par des procédés imités de la Constitution Française de 1958 : - la distinction d'un domaine législatif hors duquel l'Assemblée ne peut intervenir et d'un domaine réglementaire d'initiative gouvernementale. L'article 82 décide, qu'outre certaines questions qui lui sont renvoyées par d'autres articles de la Constitution, la loi pourra intervenir dans les matières qu'il énumère limitativement (schéma identique à ceux de la constitution de 1959 art. 32 et 33 et de la constitution de 1975 art. 72) (27). Toutes les autres matières qui ne sont pas répertoriées par l'article 82, doivent être réglementés par décret du premier ministre pris en Conseil de gouvernement.

Le gouvernement dispose de moyens efficaces pour empêcher toute tentative du Parlement de légiférer hors de son domaine. La Constitution prévoit les moyens juridiques de sauvegarder ses attributions en sanctionnant les empiétements du Parlement dans le domaine réglementaire. Au stade de la discussion, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité de l'article 84. En cas de désaccord entre lui et l'Assemblée Nationale ou le Sénat, la Cour Constitutionnelle à la demande de l'une ou l'autre chambre (et non de leur président) statue dans les huit jours. Au stade de la promulgation ; le texte est soumis à un contrôle préalable et obligatoire de constitutionnalité. Après la promulgation, le gouvernement peut demander à la Cour Constitutionnelle de déclarer que tout ou partie de la loi relève en réalité du domaine réglementaire (ce recours devrait être rendu inutile par le contrôle préalable de l'art. 110). Si la Cour donne satisfaction à cette requête, le texte pourra être modifié par décret.

La délégation de pouvoir législatif est régie par l'article 96. Le Parlement, par un vote à la majorité absolue de chaque chambre, "peut déléguer son pouvoir de légiférer au Président de la République, en Conseil des ministres, pour un temps limité et pour un objet déterminé". La compétence législative du chef de l'État découle d'une habilitation expresse du Parlement ; trois remarques s'imposent sur ce point : - le Parlement peut prendre l'initiative d'une telle délégation - la constitution ne considère pas que le fait d'avoir accordé à l'exécutif de légiférer par voie d'ordonnance, prive le Parlement du droit de faire simultanément des lois dans le domaine de la délégation - la Constitution utilise de manière contestable l'expression "délégation du pouvoir de légiférer" alors même que les ordonnances doivent être soumises ultérieurement à ratification par les chambres.

La confection des lois

La procédure législative est tout aussi contraignante pour les parlementaires que sous les régimes précédents. L'initiative des lois est partagée concurremment par le Premier ministre et les parlementaires - les propositions de lois ou amendements formulés par les parlementaires sont portés à la connaissance du gouvernement, lequel dispose d'un délai de trente jours pour formuler ses observations. À l'expiration de ce délai, le Parlement procède à l'examen des propositions ou amendements en vue de leur adoption. Cette procédure de contrôle préalable est susceptible de peser

(27) Il est permis de regretter que la Constitution Malgache reprenne la distinction faussement claire -entre les matières dont la loi fixe les règles et celles dont elle détermine les principes fondamentaux- source de difficultés et dont l'inutilité en avérée en France depuis longtemps. Fort peu de modifications sont intervenues dans les listes de matière retenues par les Constitutions des trois Républiques (C. 1959 art. 37 - C. 1975 art. 72).

sur la suite des débats parlementaires (28). De surcroît, le gouvernement peut bloquer, toute initiative parlementaire durant le dernier mois de la session ordinaire - les propositions de loi se heurtent à des irrecevabilités financières et réglementaires - les projets de loi déposés par le Premier ministre sont inscrits prioritairement à l'ordre du jour des chambres. Le gouvernement peut intervenir dans le cours de la procédure, pour abréger la navette entre les chambres en demandant la réunion d'une Commission mixte paritaire, et en donnant le dernier mot à l'Assemblée Nationale - Devant la réticence des parlementaires, le gouvernement peut engager sa responsabilité sur un texte, et exiger de chacune des assemblées de se prononcer par un seul vote sur tout ou partie des dispositions des textes en discussion (art. 87). Toutefois cet engagement de responsabilité ne peut s'effectuer qu'à deux moments : soit dans les huit derniers jours d'une session ordinaire - soit lors des sessions extraordinaires à condition que le texte ait été déposé dans les 48 heures suivant l'ouverture de la session. Le vote de défense doit être adopté par les deux tiers des députés ; si cette majorité de refus n'est pas atteinte, le texte est adopté.

Cette procédure de l'article 87 qui cumule la procédure du vote bloqué et celle de l'engagement de responsabilité sur le vote d'un texte semble peu cohérente avec l'article 91 auquel elle renvoie : le gouvernement peut engager sa responsabilité lors de la discussion du texte devant le Sénat, alors que l'article 91 organise le mécanisme de la responsabilité gouvernementale devant la seule Assemblée Nationale.

La limitation du pouvoir financier

Les pouvoirs financiers du Parlement sont l'objet de nombreuses restrictions tant dans le domaine législatif que dans le domaine proprement budgétaire.

- Le pouvoir législatif des parlementaires est sérieusement circonscrit par les dispositions de l'article 84 qui stipule que les propositions de lois ne doivent pas entraîner de modifications dans les recettes et dans les dépenses de l'État.

- Si le Parlement consent et vote le budget, son pouvoir de décision est cependant restreint en ce qui concerne l'initiative financière et le délai de vote du budget. Le retard peut entraîner son dessaisissement absolu. Les amendements entraînant un accroissement des dépenses ou une diminution des ressources publiques doivent être accompagnés de mesures visant à dégager les recettes correspondantes et à permettre des économies équivalentes (art. 88) - la Constitution impartit des délais stricts aux parlementaires pour étudier, discuter et voter le projet de budget à partir du jour du dépôt du texte gouvernemental (29). Enfin si le Parlement n'a pas adopté le projet de budget avant la clôture de la session parlementaire, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par voie d'ordonnances en y incluant un ou plusieurs des amendements adoptés par les deux assemblées.

b) La revalorisation de la fonction de contrôle

Les moyens de contrôle de l'action gouvernementale sont communs à l'Assemblée Nationale et au Sénat, alors que la sanction du contrôle, c'est-à-dire la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale n'appartient qu'à la seule assemblée.

(28) Dans la Constitution de 1959 l'article 34 prévoyait simplement que «les propositions de loi sont communiquées au gouvernement avant tout examen par l'Assemblée Nationale ou le Sénat». L'art. 74 al. 3 de la Constitution de 1975 énonçait que «les propositions de lois et amendements formulés par les députés sont portés à la connaissance du Président de la République... et du gouvernement». La Constitution de 1992 y ajoute le délai de réflexion et de blocage de trente jours.

(29) Selon l'art. 88 l'Assemblée Nationale dispose d'un délai maximum de 30 Jours, et le Sénat de 15 jours pour procéder à la première lecture du projet de budget. Ensuite chaque chambre dispose d'un délai de cinq jours pour chacune des lectures suivantes.

Les moyens de contrôle

Les parlementaires disposent de moyens d'information classiques à l'égard de l'action gouvernementale : question orale - question écrite - interpellation - commission d'enquête. De surcroît pendant la durée d'une session ordinaire (deux à trois mois), une séance par mois est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses gouvernementales (art. 93). En vertu de l'article 92, le gouvernement a l'obligation, à la première session ordinaire, de présenter à l'Assemblée nationale - et non au Sénat - un rapport annuel d'exécution de son programme (sur lequel il a été investi). Cette présentation est suivie d'un débat et peut être l'occasion, pour les députés, de mettre en cause la responsabilité politique du gouvernement.

La sanction du contrôle

Juridiquement la situation est nette : le Sénat possède à peu près tous les moyens d'information et de contrôle de l'action gouvernementale, à l'exception de ceux qui permettaient de mettre en cause la responsabilité ministérielle. Le Sénat ne pouvant être dissous, il est logique qu'il ne puisse mettre en cause l'existence du gouvernement. L'Assemblée nationale est donc maîtresse de la vie et de la survie du gouvernement.

La Constitution instaure deux mécanismes - fortement rationalisés - de mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement : la question de confiance et la motion de censure.

La question de confiance

Le gouvernement peut prendre l'initiative d'engager son existence dans deux hypothèses : la demande d'approbation de la modification du programme gouvernemental, ou le vote d'un texte législatif.

Au titre de l'article 91, si le gouvernement estime, en cours d'exécution, que des modifications fondamentales du programme sur lequel il a été investi, s'avèrent nécessaire, le Premier ministre soumet les modifications à l'Assemblée Nationale. Faute d'accord de celle-ci, le Premier ministre, après délibération du gouvernement peut engager la responsabilité de celui-ci en posant la question de confiance. Le vote ne peut intervenir que 48 heures après le dépôt de la question. La défiance doit être votée par les deux tiers des députés composant l'Assemblée.

En vertu de l'article 87 il peut dans deux cas exiger des parlementaires qu'ils se prononcent par un seul vote sur tout ou partie des dispositions d'un texte en discussion : dans les huit derniers jours d'une session ordinaire - lors des sessions extraordinaires à condition que le texte ait été déposé dans les 48 heures qui suivent l'ouverture de la session. La confiance ne peut alors être refusée que par un vote à la majorité des deux tiers des députés. Cette procédure permet au gouvernement un "passage en force" car il lui suffit de bénéficier du soutien d'une minorité d'un tiers des députés pour obtenir satisfaction. Cette procédure n'est guère à même de mettre en cause la stabilité gouvernementale ; en revanche il n'en va pas de même avec le second mécanisme.

La motion de censure

Cette procédure à l'initiative de l'assemblée nationale constitue une offensive parlementaire contre le gouvernement. Elle est soumise à des conditions de recevabilité et de vote par l'article 94. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un nombre important de députés : un cinquième. Il n'y a pas de limite au nombre des motions de censure susceptibles d'être proposées par les députés au cours d'une session.

Le vote ne peut intervenir qu'après un délai de réflexion de 48 heures ; la motion de censure votée par la majorité absolue des membres composant l'assemblée nationale est considérée comme adoptée.

La démission collective du gouvernement est juridiquement obligatoire, lorsque celui-ci a été désavoué par l'un des mécanismes cités, c'est-à-dire que ce désaveu intervient soit à la majorité des deux tiers, soit à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale. Il faut souligner ici qu'il existe une liaison nécessaire entre les crises ministérielles et la dissolution de l'Assemblée Nationale, dont l'exercice appartient au gouvernement en Conseil des Ministres. Le droit de dissolution n'est pas à la discrétion de l'exécutif ; il est assujetti (comme sous la IVème République française) à la survenance de deux crises ministérielles au cours d'une période de 18 mois (art. 95). Si l'Assemblée renverse deux gouvernements en l'espace de 18 mois, elle aura fait la preuve de son incapacité à soutenir un gouvernement et pourra donc être dissoute. La solution retenue exclut tout à la fois que l'Assemblée faute d'une majorité en son sein puisse se livrer au jeu stérile de renversements de gouvernement, et que la menace de dissolution soit utilisée comme moyen de pression sur les députés. En bref le Premier ministre ne dispose pas de l'arme de la dissolution pour tenir tête à l'Assemblée et assurer sa survie.

II - L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ÉTAT DE DROIT

Inséparable de la doctrine libérale, le concept de l'État de droit repose sur la conviction que l'individu est primordial et que l'État n'est légitime qu'à la condition d'être voué à l'épanouissement de cet individu. Le constitutionnalisme africain s'empare de cette notion d'État de droit ; on assiste à un véritable emballement pour l'expression et pour la chose dans les États francophones. Madagascar à l'instar d'autres pays africains (Guinée - Bénin) rejette l'idée selon laquelle l'État de droit est un luxe réservé aux pays riches. Si l'on ne peut attendre des seules garanties offertes par l'État l'assurance d'un développement harmonieux, il apparaît que le développement est un processus trop complexe pour s'accorder de l'arbitraire et du despotisme fut-il éclairé (30). Un État n'est légitime, aujourd'hui, que s'il est en mesure de promouvoir tout à la fois les libertés , l'efficacité politique et administrative, et le développement. Ces trois exigence sont de plus en plus liées ; le dénominateur commun est un ordre juridique fondé sur la protection des personnes et des biens, assorti du contrôle d'un juge indépendant. Le peuple malgache revendique donc, dans le préambule "l'instauration d'un État de droit dans lequel le peuple et les pouvoirs publics sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante". La Constitution Malgache de 1992 tente de satisfaire cette revendication en procédant à une définition des droits et libertés fondamentaux et en organisant leur garantie à l'aide de mécanismes de contrôle juridictionnel du pouvoir.

(30) Ex. : Didier Ratsiraka et 50 "Charte de la Révolution Socialiste Malgache", également appelée Le Livre Rouge.

1 - LA DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET LIBERTÉS

La Constitution avant d'énoncer les droits et libertés reconnus au citoyen Malgache affirme de façon solennelle son attachement à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Charte Africaine des droits de l'homme et des droits des peuples de 1981 et même à la Convention relative aux droits de l'enfant. Ces trois textes ne représentent pas seulement un idéal ; ils sont considérés comme faisant partie intégrante du droit positif.

Toute constitution est porteuse d'une idéologie. La Constitution de 1992 marque une rupture nette avec l'idéologie révolutionnaire et socialiste de 1975 qui subordonnait l'existence des libertés au respect de la révolution socialiste (31) et renoue avec l'inspiration libérale de la philosophie humaniste et spirituelle qui caractérisait la loi fondamentale de 1959.

L'énoncé des droits fondamentaux porte sur des droits individuels et des droits collectifs. À l'instar de nombreuses constitutions africaines, les droits civils et politiques, économiques et sociaux énoncés et garantis par la constitution de 1992 (32), sont assortis, sous forme de diptyque, de devoirs. Le citoyen Malgache n'a pas que des créances sur la collectivité nationale de l'État, mais il a également à leur encontre des obligations.

A - Les droits individuels

Les droits individuels et les libertés énoncés dans la constitution sont des droits et libertés classiques.

Le droit à l'égalité est reconnu par l'article 8 "les nationaux sont égaux en droits et jouissent des mêmes libertés fondamentales protégées par la loi" (33), ainsi que son corollaire, l'interdiction de toute discrimination. À deux reprises (art. 8 et art. 28), se trouve proscrite toute discrimination qui serait liée au sexe, au degré d'instruction, de la fortune, de l'origine, de la race, de la croyance religieuse ou de l'opinion (34). Au surplus l'accès aux fonctions publiques est ouvert à tout citoyen "sans autres conditions que celles de la capacité et des aptitudes" (art. 29)

La liberté est également considérée comme fondamentale, sous ses multiples facettes :

- La liberté physique de la personne : divers principes énoncés lui sont directement liés : l'inviolabilité de la personne, du domicile et de la correspondance ; l'interdiction des perquisitions hors les cas prévus par la loi et sur réquisitions de l'autorité judiciaire compétente ; l'interdiction des arrestations et détentions arbitraires ; la non rétroactivité des lois pénales. Au demeurant l'État

(31) Les droits énoncés par la constitution de 1975 ne pouvaient être reconnus que dans le cadre de la société socialiste et conformément au but révolutionnaire. "Aucun droit ne peut être invoqué pour contrecarrer l'État dans son oeuvre d'instauration de l'ordre socialiste" (art. 14 al. 3) - "L'exercice des droits et libertés reconnues par la Constitution et la loi est garanti à tout citoyen qui oeuvre dans le sens de la Charte et milite pour le triomphe d'une société socialiste" (art. 15) - "quiconque abuse des libertés constitutionnelles ou légales pour : combattre la révolution - entraver l'avènement de l'État socialiste... encourt la déchéance de ses droits et libertés" (art. 16) - et enfin, en vertu de l'article 36 "l'État punit avec la plus grande sévérité quiconque nuit, par son fait ou par son omission, aux objectifs de la Révolution, à l'édification de l'économie sociale de l'intérêt public".

(32) Les droits et libertés énoncés par le titre II "Des liberté, des droits et des devoirs des citoyens", divisé en deux sous-titres consacrés l'un aux droits et devoirs civils et politiques, l'autre aux droits et devoirs économiques, sociaux et culturels. La Constitution reprend le clivage des deux Pactes adoptés par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 16 décembre 1966.

(33) Selon la rédaction retenue, seuls les nationaux malgaches jouissent du droit à l'égalité, les étrangers en sont exclus.

(34) La Constitution de 1975 ne reconnaissait pas la liberté d'opinion.

garantit la plénitude et l'inviolabilité des droits de la défense devant toutes les juridictions et à tous les stades de la procédure (art. 13).

- La liberté d'aller et de venir et de se fixer sur toute l'étendue du territoire, de quitter le territoire national et d'y rentrer (art. 12).

- Les libertés d'opinion, d'expression, de communication, de pensée, de conscience, de religion sont garanties à tous et ne rencontrent d'autres limites que le respect des libertés et droits d'autrui, et la sauvegarde de l'ordre public (art. 10). L'information, sous toutes ses formes n'est soumise à aucune contrainte préalable (art. 11).

- La liberté politique : la liberté d'être candidat aux élections, sans aucune discrimination sur l'appartenance ou non à un parti politique ou sur l'obligation d'être investi par un parti politique (art. 15). En dehors de ces droits et libertés civiles et politiques, le citoyen Malgache se voit reconnaître également des droits économiques, sociaux et culturels.

- La liberté d'entreprendre (art. 37). Le droit de propriété individuelle, dont nul ne peut être privé sauf pour cause d'utilité publique et sous la réserve d'une juste et équitable indemnisation (art. 34). L'État garantit également la sécurité des capitaux et des investissements (art. 38). La Constitution reconnaît le droit au travail et à la formation professionnelle (art. 27), le droit à une juste rémunération du produit du travail (art. 29).

- Le droit à la protection de la santé (art. 19). Toute enfant a droit à l'instruction et à l'éducation, sous la responsabilité de ses parents, dans le respect de la liberté de leur choix (art. 23). À cet égard l'État reconnaît le droit à l'enseignement privé et garantit la liberté d'enseignement (art. 25). Enfin le droit de participer à la vie culturelle de la communauté, et au progrès scientifique (art. 26).

B - Les droits collectifs

La Constitution de la IIIème République consacre également des droits collectifs :

Outre la liberté de réunion et de manifestation (art. 10), l'accent est mis sur la liberté d'association et sur celle de créer des partis politiques. L'existence de plusieurs partis, véhiculant des idéologies différentes, génère par voie de conséquence la reconnaissance et la garantie d'une opposition légale. Toutefois, sont interdits les associations et les partis qui mettant en cause l'unité nationale, et ceux qui prônent le totalitarisme, la ségrégation à caractère ethnique, tribal ou confessionnel (art. 14).

La liberté syndicale (art. 31) : tout travailleur peut défendre ses intérêts en fondant un syndicat, en y adhérant, et en participant à son action - Le droit de grève (art. 33) - Le droit de participation à la détermination des règles et des conditions de travail (art. 32). Enfin, la Constitution puisant dans le patrimoine socio-culturel Malgache reconnaît les droits des communautés villageoises traditionnelles, les Fokonolona qui sont libres de prendre les mesures appropriées pour s'opposer à la destruction de leur environnement, à la dépossession de leurs terres, à l'accaparement des espaces traditionnellement affectés aux troupeaux de boeufs ou leur patrimoine rituel (art. 35).

C - Les devoirs

La Constitution fait une place aux devoirs de l'individu et à ceux de l'État.

- Le citoyen Malgache a un certain nombre d'obligations. Le devoir de respecter la Constitution, les institutions, les lois et les règlements de la République (art. 16) - Le devoir de défendre la patrie : «le service national est un honneur» (art.

18) - Le devoir de respecter l'environnement (art. 39) - Le devoir de travailler : "le travail et la formation professionnelle sont pour tout citoyen... un devoir" (art. 27) - Le devoir de contribuer aux charges publiques, de payer l'impôt ; toutefois "la participation de chaque citoyen aux dépenses publiques doit être progressive et calculée en fonction de sa capacité contributive" (art. 36). Et enfin, un devoir qui s'impose aux personnalités appelées à exercer un mandat constitutionnel, l'interdiction "d'accepter... des émoluments d'une quelconque personnalité physique ou morale, étrangère ou nationale, sous peine de déchéance" (art. 43). Cette disposition anti-corruption est la manifestation d'une réaction contre le déferlement de la corruption et du népotisme sous le régime de D. Ratsiraka.

Tels sont les principaux devoirs que la Constitution assigne aux citoyens Malgaches.

- La Constitution insiste, par ailleurs, sur les devoirs de l'État chargé d'une part d'assumer vis à vis des citoyens une somme impressionnante d'engagements et d'autre part de fournir des prestations pour concrétiser les droits et libertés.

On note ainsi que l'État garantit la neutralité politique de l'administration, des forces armées, de la justice, de la police, de l'enseignement et de l'éducation (art. 40). L'État organise l'exercice des droits qui garantissent pour l'individu l'intégrité et la dignité de la personne, son plein épanouissement physique, intellectuel et moral (art. 17). Dans cette perspective il assume la protection de la famille - élément naturel et fondamental de la société - ainsi que celle de la mère et de l'enfant (art. 21). L'État s'efforce, dans la mesure de ses moyens, de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer le développement intellectuel de tout individu (art. 22), à cette fin il organise un enseignement public, gratuit, accessible à tous (art. 24)... l'État assure la protection et la promotion du patrimoine culturel national ainsi que la production artistique et littéraire (art. 26), la défense de l'environnement (art. 39). Enfin l'État doit s'efforcer de subvenir aux besoins de tout citoyen qui, en raison de son âge ou de son inaptitude physique ou mentale se trouve dans l'incapacité de travailler (art. 30).

Ces interventions des pouvoirs publics exigées par la Constitution doivent être confrontées au fait que Madagascar figure en mauvaise position sur la liste des Pays Moins Avancés.

L'État de droit ne saurait exister sans la possibilité de sanctionner les transgressions, afin que les textes énonçant les libertés et droits fondamentaux ne demeurent point des proclamations privées de substance et dépourvues d'effets juridiques. L'État de droit ne doit pas seulement se fonder sur les textes affirmant des droits, mais aussi sur des procédures.

2 - LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR

Un élément primordial de l'État de droit réside dans la présence d'un ordre de juridiction complètement indépendant vis-à-vis des pouvoirs institués, exécutif et législatif. La Constitution de la IIIème République érige le pouvoir juridictionnel en tant que pouvoir ayant dans l'État, même substance et même titre que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Dans un État de droit authentique, aucun acte juridique, quelle que soit la catégorie à laquelle il se trouve appartenir ne devrait échapper au contrôle juridictionnel. Dans cette perspective la Constitution ouvre l'accès à la justice à tous les citoyens : "la loi assure à tous les citoyens le droit de se faire rendre justice" (art. 13) et instaure des procédures de contrôle de constitutionnalité et de contrôle de légalité.

A - L'aménagement d'un pouvoir judiciaire indépendant

La Constitution consacre pour la première fois à Madagascar, l'existence d'un "pouvoir judiciaire" dans son article 41 et surtout dans son titre VI intitulé "du pouvoir judiciaire" (35). Son exercice est confié à des institutions limitativement énumérées : la Cour Constitutionnelle administrative et financière - la Cour Suprême - les Cours d'appel - les Tribunaux et la Haute Cour de Justice (36). La justice - selon l'article 97 "est rendue conformément à la Constitution et à la loi".

De façon péremptoire, l'article 98 déclare que "le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif". Deux des institutions citées - la Cour Constitutionnelle et la Cour Suprême sont désignées comme les garantes de cette indépendance (37).

Plusieurs dispositions constitutionnelles ambitionnent de protéger concrètement cette indépendance, essentiellement celle des juges judiciaires, confortées par la création de deux institutions spécifiques.

- Dans leurs activités juridictionnelles, les magistrats du siège sont indépendants et ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi. À ce titre ils ne peuvent, en aucune manière être inquiétés dans l'exercice de leurs fonctions ; aucun compte ne peut leur être demandé en raison des décisions qu'ils rendent (art. 99).

- Les magistrats du siège sont inamovibles ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, aucune affectation nouvelle (art. 100).

- L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec toute activité au sein d'un parti politique (art. 102).

Deux institutions spécifiques sont crées : l'Inspection générale de la Justice et le Conseil National de la Justice.

L'Inspection générale de la justice est chargée de contrôler le respect des règles déontologiques qui sont particulières aux magistrats ainsi que les agissements du personnel de la justice (art. 103). Composée de représentants du Parlement, du gouvernement et de la magistrature, elle est rattachée à la Cour Suprême. Elle assiste celle-ci dans deux missions qui lui sont imparties : veiller au fonctionnement régulier des juridictions de l'ordre judiciaire - contrôler le respect des règles déontologiques des magistrats ainsi que les agissements du personnel (art. 117) (38). L'Inspection générale de la Justice peut être saisie par le Président de la République, le Parlement, le gouvernement, les Chefs de Cours, les associations légalement constituées et par tout individu.

Enfin la Constitution décide la création d'un organe consultatif : le Conseil National de la Justice, dont la composition est très éclectique (Premier Président et Procureur général de la Cour Suprême - chefs de Cours d'appel - représentants du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, de la Cour constitutionnelle, du Conseil Supérieur de la Magistrature et des auxiliaires de justice) a pour mission de faire des recommandations pour un meilleur fonctionnement de la justice en général. À ce titre, il peut proposer au gouvernement des mesures d'ordre législatif ou

(35) La Constitution de 1959 passait sous silence le pouvoir judiciaire, la justice et les juridictions. La Constitution de 1975 traitant dans son titre VII "Des juridictions".

(36) La Haute Cour est le juge du Président de la République - des Présidents de toutes les Institutions - des membres du gouvernement, de la Cour Constitutionnelle Administrative et financière et de la Cour Suprême - pour les actes accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes et délits au moment où ils ont été commis. Ils sont mis en accusation par l'Assemblée Nationale par un vote à bulletin secret et à la majorité absolue de ses membres (art. 121). Il s'agit là d'une procédure d'"impeachment".

(37) Sous l'égide de la Constitution de 1975, le Président de la République était le garant de l'indépendance des magistrats du siège (art. 83 al. 3).

(38) La troisième mission de la Cour Suprême est très classique : juger les pouvoirs en cassation des décisions rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire.

réglementaire relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions, et au statut des magistrats (art. 104).

B - Les contrôles de constitutionnalité et de légalité des normes

La Constitution établit une hiérarchie des normes juridiques et instaure un contrôle de constitutionnalité et de légalité.

- La hiérarchie des normes

Le caractère institutionnel de l'État de droit suppose une hiérarchie des normes juridiques fondée sur les principes de constitutionnalité et de légalité. La hiérarchie est - rappelons le brièvement - l'instrument de l'assujettissement des organes de l'État aux règles juridiques, en contraignant, chaque autorité publique - par l'intermédiaire des juges indépendants - à respecter des normes de valeur supérieure à celle qu'elle peut elle-même édicter. L'édifice normatif culmine en une constitution où se trouvent consignées les règles juridiques les plus importantes, celles que devront respecter les pouvoirs publics (parlement - gouvernement - administration) ainsi soumis à une règle qui leur reste extérieure. La Constitution de 1992 crée une hiérarchie des normes assez rudimentaire. Son article 106 affirme la supériorité de la Constitution, en décidant qu'au nombre de ses missions, la Cour constitutionnelle est "chargée de statuer sur la conformité des traités, des lois, ordonnances et règlements autonomes à la Constitution". La Constitution laisse dans le clair-obscur la place exacte du traité international : S'il doit être conforme à la Constitution, en revanche sa position à l'égard de la loi demeure indéterminée. Aucune disposition ne vient, à l'instar d'autres constitutions, affirmer la primauté du traité sur la loi.

- Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité et de légalité

La Constitution crée une institution originale, une institution mosaïque : la Cour Constitutionnelle Administrative et Financière qui se décompose en trois juridictions : la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État (art. 105), la Cour des comptes. Seules les deux premières retiendront ici notre attention.

- La Cour constitutionnelle est composée de neuf membres - désignés pour un mandat de six ans non renouvelable (un tel changement global est susceptible de nuire à la continuité de la jurisprudence de la Cour). Trois membres sont nommés par le Président de la République - deux par l'Assemblée Nationale - un par le Sénat - trois enfin, par le Conseil Supérieur de la Magistrature (39). Le Président est élu par les membres de la Cour Constitutionnelle (il est de droit, Président de la Cour Constitutionnelle Administrative et Financière). Cette élection est constatée par décret du Président de la République.

La Cour constitutionnelle est une institution polyvalente : l'article 106 lui confère trois attributions : outre le contrôle de constitutionnalité des actes - le contrôle de la régularité des élections, elle assure la régulation des conflits pouvant survenir soit entre les institutions de l'État, soit entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées. Enfin mentionnons que l'article 50 lui confie une mission de justice politique : saisie par une résolution votée par les deux tiers des députés composant l'Assemblée Nationale, elle peut déclarer l'empêchement définitif du Président de la République pour violation de la Constitution.

Dans le cadre de sa mission de conformité des actes à la Constitution, des procédures obligatoires ou facultatives semblent devoir lui permettre d'assurer la garantie du respect des droits et libertés fondamentaux par l'État.

---

(39) Le Conseil supérieur de la magistrature est l'arlésienne de la constitution. Celle-ci y fait référence à cinq reprises [art. 100 - 104 - 107 - 118 (deux fois)]. On peut donc penser que les règles relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions de cet organe constitutionnel seront fixées par une loi.

- Les contrôles obligatoires : le Président de la République saisit obligatoirement la Cour de tout texte de loi avant sa promulgation (art. 110). Une disposition jugée inconstitutionnelle ne peut être promulguée. Dans ce cas le Président a le choix entre trois solutions : promulguer les autres dispositions de la loi - soumettre le texte (rectifié) à une nouvelle délibération du Parlement - ne pas procéder à la promulgation. Avant toute ratification, les traités sont soumis par le Président de la République au contrôle de constitutionnalité de la Cour ; en cas de non conformité, il ne peut y avoir ratification qu'après révision de la Constitution. Enfin les ordonnances avant leur "promulgation" (40) et le règlement intérieur de chaque Assemblée avant sa mise en application, sont soumis à la Cour constitutionnelle qui statue sur leur conformité à la Constitution (art. 111).

- Les contrôles facultatifs : La Cour constitutionnelle peut être consultée par les pouvoirs publics pour donner son avis sur la constitutionnalité de tout projet de décret (art. 113). Elle est en la matière, concurrencée par le Conseil d'État (art. 114) - le citoyen Malgache dispose lui aussi d'une voie de recours : en effet, si devant une juridiction quelconque, une partie soulève une exception d'inconstitutionnalité, cette juridiction sursoit à statuer et lui impartit un délai d'un mois pour saisir la Cour ; cette dernière doit statuer dans le délai d'un mois (art. 113).

Il y a lieu de regretter que la Constitution ne précise pas la force juridique des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle.

- Le Conseil d'État exerce une double fonction juridictionnelle et consultative (art. 114). En premier lieu il est conduit à apprécier la légalité des actes administratifs : il connaît des recours en annulation des actes émanant des autorités administratives ; des recours de pleine juridiction occasionnés par les activités de l'administration et des réclamations contentieuses en matière fiscale. En second lieu il peut être consulté par les pouvoirs publics pour donner son avis sur les projets de texte législatif ou réglementaire à portée générale ou sur l'interprétation d'une disposition législative ou réglementaire à portée générale.

La mise en place des institutions de la IIIème République de Madagascar s'effectue avec une grande lenteur.

- L'élection présidentielle a constitué la première phase de ce processus. Un comité "ad hoc" issu du Forum national de mars 1992 est chargé de décider de l'éligibilité des candidats. Huit candidats sont autorisés à se représenter dont D. Ratsiraka (le Président sortant n'a cependant pas démissionné un mois avant l'élection comme l'exige l'article 46 al. 2 de la Constitution ; et le gouvernement a manqué de l'autorité nécessaire pour lui imposer le respect de cette règle). Le 1er tour s'est déroulé le 25 novembre 1992, avec un taux de participation électorale de 73,94 %.. Selon les résultats officiels proclamés - un mois plus tard - par la Haute Cour Constitutionnelle (organe résiduel de la IIème République) A. Zafy (chef de file de l'opposition regroupée au sein du mouvement des "Forces vives") avec 45,16 % des suffrages devance D. Ratsiraka : 29,22 % et Mandandafy Rakotonirina : 10,21 %, les cinq autres candidats se partageant 15,41 % (41). Le second tour se déroule le 10 février 1993, consacre le triomphe d'A. Zafy avec 66,74 % des

(40) Soumises à un contrôle obligatoire avant leur "promulgation", les ordonnances sont placées sur le même plan que la loi. De son côté l'art. 96 les considère comme une manifestation de la délégation de pouvoir législatif au Président de la République, mais décide qu'elles entrent en vigueur dès leur publication.

(41) Le Monde 24.12.92. Cette élection s'est déroulée en présence de quelques 70 observateurs internationaux dépêchés par la Commission Internationale des Juristes et par l'African American Institute.

suffrages contre 33,26 % à D. Ratsiraka (42). A. Zafy est officiellement proclamé Président de la République le 9 mars 1993.

Cette élection présidentielle suscite deux remarques :

- D'abord le désaveu que D. Ratsiraka avait reçu lors du référendum, puis à l'occasion du premier tour de l'élection présidentielle, s'est confirmé à l'issue du second tour.

Ensuite, après le Congo et le Bénin, Madagascar est le troisième État d'Afrique Noire Francophone ou un Chef d'État se voit contraint par les urnes de céder son fauteuil à un dirigeant de l'opposition.

- La seconde étape sera celle des élections législatives annoncées pour mai et reportées en juin 1993 ; ce second rendez-vous électoral est aussi important, si ce n'est plus que le premier, car selon la constitution il reviendra à l'Assemblée Nationale de choisir le Premier Ministre de la IIIème République. En fait les dissensions au sein des "Forces vives", la multiplication des partis politiques (plus d'une trentaine), le mode de scrutin retenu, menacent de rendre fort chaotique cette dernière étape de la transition démocratique à Madagascar.

Sous l'effet de facteurs internes et externes, Madagascar est le théâtre d'un réveil des pressions en faveur de la démocratie libérale ; la population (urbaine essentiellement) appelant de ses voeux un nouvel ordre politique, un profond changement du système d'organisation de l'État.

Les Constituants n'ont pas su éviter de tomber dans le piège d'une transplantation des principes et institutions qui sont à la base de la démocratie libérale ; le passé prouve clairement que ces greffes n'ont pas été très efficaces et ont plutôt été rejetées comme des corps étrangers. L'ingénierie constitutionnelle retenue par la IIIème République Malgache n'est pas sans susciter un certain doute quant à sa fiabilité et à son applicabilité. Le système retenu cherche à organiser la coexistence d'un Président élu au suffrage universel et d'un Premier ministre responsable devant l'Assemblée. Ce mélange d'éléments empruntés à des systèmes différents - qui n'est pas sans rappeler le régime de l'Autriche, du Portugal ou de la Finlande comporte des risques. Sans l'accord du Président ou du Premier ministre le fonctionnement du régime est très malaisé. En cas de conflit survenant entre le Président d'une part, et le Premier ministre et le gouvernement d'autre part, le refus de donner un contreseing permet d'exercer une sorte de veto sur la décision présidentielle ; c'est ainsi rendre possible un risque de blocage au sein de l'exécutif, sans qu'une consultation du peuple puisse être organisée pour faire trancher le conflit : le droit de dissolution n'est guère utilisable et le président ne peut pas recourir au référendum.

À ce premier accord, s'ajoute la nécessité de l'accord du gouvernement avec la majorité des députés ; car le Parlement conserve des pouvoirs importants. Or la prolifération des partis renforcée par les effets pervers de la représentation proportionnelle risque de générer une assemblée atomisée et l'absence de toute majorité parlementaire, si ce n'est éphémère. Certes, la définition du système démocratique et sa mise en place relèvent avant tout de la responsabilité des Malgaches, comme d'ailleurs le processus de développement ; mais néanmoins deux questions fondamentales se posent concernant la démocratisation de Madagascar.

- Tout d'abord, dans quelle mesure la démocratie est-elle une forme de gouvernement viable dans une situation de déclin économique et social avec peu de perspectives d'amélioration dans le court et le moyen terme. La situation des pays de l'Europe de l'Est montre que les populations peuvent rapidement perdre leur foi dans

(42) Le Monde 28.2.1993.

les avantages de la démocratie. On ne peut qu'espérer que le pauvre paysan malgache ne se pose pas bientôt la question "à quoi sert la démocratie ?".

- Ensuite quel doit être le rôle de la communauté internationale et plus spécialement de la France dans ce processus de démocratisation ? Cette communauté et notamment la France ont longtemps soutenu le régime dictatorial de D. Ratsiraka, avant de devenir tout à coup les avocats de la démocratisation. Si la Communauté internationale et la France la souhaitent vraiment, elle doivent s'engager à la mise en place des conditions indispensables au développement de Madagascar ; ce qui ne signifie pas seulement un accroissement de l'aide, mais aussi une remise en cause des relations avec la grande Île en matière de commerce, de transferts de technologies, d'investissements et de règlement de la dette.

LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES ARMES

Par

Didier JEAN-PIERRE et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN,
Moniteurs, allocataires de recherche - Faculté de droit d'Aix-Marseille

INTRODUCTION

L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que : «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement*... par un tribunal...». La Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de la Commission, a déduit de cette disposition l'existence d'un principe non-écrit: le principe de l'égalité des armes. Selon la Cour, ce principe constitue un «aspect de la notion plus large de procès équitable» (1). Dans la jurisprudence européenne il vise à garantir un équilibre entre la défense et l'accusation au cours du procès pénal et, entre les parties au cours du procès civil. Cette interprétation de l'article 6 § 1 se fonde sur l'inspiration générale de la Convention qui est sous-tendue par le principe d'égalité qui constitue l'un des piliers de l'idéal démocratique des droits de l'homme. Ainsi, ce principe apparaît non seulement à l'article 6 § 1 de la Convention, mais aussi à l'article 14 qui prévoit la non-discrimination et à l'article 6 § 3 *d* qui stipule que l'interrogation des témoins à décharge doit se faire dans les «mêmes conditions» que celui des témoins à charge. En outre, ce principe est formulé dans d'autres textes internationaux, comme par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui prévoit à son article 10 que : «Toute personne a droit en pleine égalité que sa cause soit entendue équitablement... par un tribunal» ; ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dont l'article 14 affirme que: «Tous sont égaux devant les tribunaux et les Cours de justice...».

Ce principe de l'égalité des armes, tel qu'il est formulé de manière implicite par les textes internationaux, repose sur un concept d'origine anglo-saxonne, ce qui explique qu'il soit parfois difficilement transposable dans les pays ayant un système de droit latin. D'ailleurs, le principe de l'égalité des armes est relativement méconnu en droit interne bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait consacré sa pleine effectivité. C'est pourquoi, il nous a paru intéressant de mener une telle étude qui, sans prétendre à l'exhaustivité, a pour objet de cerner la signification et la portée de ce principe, véritable clé de voûte de la notion de procès équitable.

Par conséquent, il sera d'abord procédé à l'analyse du principe dans la jurisprudence européenne, puis à l'examen de sa réception par la jurisprudence française.

(1) Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, *Série* A n° 11 (p. 15, § 28).

I - L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES ARMES PAR LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Le principe de l'égalité des armes est sans doute le principe non formulé le plus important de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On ne peut comprendre la notion de «droit à un procès *équitable*» si on ne détermine pas la signification précise du concept d'égalité des armes qui apparaît de plus en plus fréquemment dans la jurisprudence européenne.

C'est d'abord dans des décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme que ce concept a vu le jour. La première décision qui en ait fait usage est la décision *Szwabowicz c/ Suède* du 30 juin 1959 (2). Puis, peu à peu, le concept s'est affirmé à travers une série de décisions jusqu'à ce qu'en 1964, la Commission utilise expressément la formule, désormais consacrée, de l'«égalité des armes» (3).

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, n'a consacré l'existence du principe de l'égalité des armes qu'en 1968 dans l'arrêt *Neumeister* (4). Il faut d'ores et déjà signaler que dans les premiers arrêts dans lesquels il est apparu, le principe ne s'est pas révélé être d'une grande efficacité en raison de l'interprétation qu'en donnait la Cour. Les quatre premiers arrêts de la Cour rendus dans le domaine qui nous intéresse ont été des arrêts de rejet (5). Mais, par la suite, la situation a considérablement évolué, notamment grâce à un arrêt *Bönisch* de 1985 dans lequel la jurisprudence de la Cour a franchi une étape importante en jugeant pour la première fois une disposition nationale non conforme au principe de l'égalité des armes (6).

À compter de cet arrêt, plusieurs recours fondés sur une violation de l'égalité des armes ont été favorablement accueillis par la Cour de Strasbourg (7). Ce changement de perspective opéré dès 1985 fait qu'aujourd'hui, ce principe de l'égalité des armes représente une garantie efficace au profit des droits de la défense. En effet, non seulement ce principe tend à s'appliquer à tous les stades de la procédure, mais en outre, en raison de l'interprétation bienveillante de la Cour, il contribue à améliorer la protection offerte à la défense au cours du procès.

A) L'EXTENSION CONTINUE DU CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE

Avant de commencer, il faut ouvrir une parenthèse pour signaler que le principe de l'égalité des armes, tel qu'il apparaît dans la jurisprudence européenne, s'applique essentiellement au procès pénal (8). Ceci s'explique par le fait que dans le procès civil, la procédure étant généralement accusatoire, les parties sont censées être à armes égales. À l'inverse, dans le procès pénal, la procédure étant le plus souvent inquisitoire, il est nécessaire de garantir le droit à une égalité des armes afin de rétablir un relatif équilibre entre les droits de l'accusation et ceux de la défense. Ce

(2) Commiss., déc. du 30 juin 1959, Szwabowicz c/ Suède, req. n° 434/58, *Ann.* II, p. 355.
(3) Commiss., rapport du 28 septembre 1964, Plischke c/ Autriche, req. n° 1446/62, *Ann.* VIII, p. 427.
(4) Cour Eur. D. H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, *Série A* n° 8.
(5) Outre l'arrêt Neumeister déjà cité, - Cour Eur. D. H., arrêt Matznetter du 10 novembre 1969, *Série A* n° 10 ; - Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, *Série A* n° 11 ; - Cour Eur. D. H., arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, *Série A* n° 22.
(6) Cour Eur. D. H., arrêt Bönisch du 6 mai 1985, *Série A* n° 92.
(7) Notamment : - Cour Eur. D. H., Séance plénière, arrêt Ekbatani du 26 mai 1988, *Série A* n° 134 ; - Cour Eur. D. H., Séance plénière, arrêt Barberà, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, *Série A* n° 146 ; - Cour Eur. D. H., arrêt Lamy du 30 mars 1989, *Série A* n° 151 ; - Cour Eur. D. H., Séance plénière, arrêt Borgers du 30 octobre 1991, *Série A* n° 214.
(8) Sauf rares exceptions, comme par exemple, Cour Eur. D. H., arrêt Feldbrugge du 29 mai 1986, *Série A* n° 99.

rétablissement d'un équilibre est guidé par des considérations d'équité qui sont le fondement même de l'idéal démocratique des droits de l'homme.

Ceci étant dit, le principe de l'égalité des armes dont nous avons déjà montré qu'il était contenu de manière sous-jacente dans l'article 6 § 1 puisqu'il constitue «un aspect de la notion plus large de procès équitable» (9), a logiquement le même champ d'application que l'article dont il est issu. Dès lors, son applicabilité doit être déterminée par les conditions posées à l'article 6 § 1 selon lesquelles il faut que le litige examiné se rapporte soit à des «contestations sur des droits et obligations de caractère civil», soit, à des accusations «en matière pénale».

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le principe de l'égalité des armes devait avoir une portée plus générale et s'appliquer également, notamment à l'hypothèse visée à l'article 5 § 4 de la Convention, c'est-à-dire aux demandes de mise en liberté effectuées au cours d'une détention préventive. C'était par là même étendre l'application du principe à la procédure d'instruction, qui, constitue en général, la phase préparatoire du procès pénal. Par ailleurs, la Cour a considéré que l'égalité des armes devait s'appliquer au cours du procès, non seulement en première instance, mais encore en appel comme en cassation.

Ce principe a donc un champ d'application très large puisqu'il s'applique finalement à tous les stades de la procédure, aussi bien lors de la phase préparatoire, que lors du procès proprement dit.

a) L'applicabilité du principe de l'égalité des armes lors de la phase préparatoire du procès

Si on se place dans l'hypothèse d'un procès pénal, la phase préparatoire est généralement constituée par une instruction. Selon la Cour, le principe de l'égalité des armes doit s'appliquer non seulement à la procédure d'instruction en général, mais aussi au cas particulier, et qui fut longtemps fort discuté, des demandes de mise en liberté formulées au cours d'une détention préventive.

En premier lieu, la solution de l'applicabilité du principe de l'égalité des armes à la procédure d'instruction à été consacrée avec force dans l'arrêt *Lamy c/ Belgique* du 30 mars 1989 (10). Dans cette affaire, le requérant avait été placé en détention car il avait été à l'origine d'une faillite frauduleuse et était, redevable de sommes importantes envers ses créanciers. Il se plaignait de l'existence d'une disposition, contenue dans une loi belge de 1874, prévoyant l'incommunicabilité du dossier à la défense tant que l'instruction ne serait pas clôturée. Selon M. Lamy, ce texte n'était pas conforme aux exigences du principe de l'égalité des armes car, d'une part, l'inculpé ne pouvait absolument pas prendre connaissance du dossier de l'instruction ; alors même que, d'autre part, le ministère public pouvait obtenir du juge d'instruction la communication de l'ensemble des pièces contenues dans le dossier.

La Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de l'avis de la Commission, a considéré qu'effectivement, cette disposition de la législation belge était contraire aux exigences de la Convention car elle interdisait la contradiction à un «stade crucial» de la procédure. Cette décision est d'une grande importance pratique car elle permet de contrebalancer les prérogatives de l'accusation au cours de la procédure d'instruction qui revêt en général un caractère inquisitoire et secret.

En second lieu, il faut souligner que l'arrêt *Lamy* a également contribué à poser le principe de l'applicabilité de l'égalité des armes au cas particulier des demandes de mise en liberté. Sur ce point, la jurisprudence européenne a été, au départ, réti-

(9) Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, précité (p. 15, § 28).
(10) Cour Eur. D. H., arrêt Lamy du 30 mars 1989, précité.

cente à admettre l'applicabilité du principe de l'égalité des armes. Puis elle a évolué et, ensuite, a étendu le bénéfice des garanties découlant du principe de l'égalité des armes aux demandes de libération formulées au cours d'une détention préventive.

À l'origine, la Commission et la Cour avaient adopté une interprétation restrictive et finalement peu satisfaisante de la Convention. Elles estimaient, en effet, que les garanties attachées au droit à un procès équitable, et, par conséquent, le principe de l'égalité des armes, ne devaient pas s'appliquer aux demandes de libération provisoire. Autrement dit, elles refusaient d'étendre le bénéfice des dispositions de l'article 6 § 1 à l'hypothèse visée par l'article 5 § 4 qui prévoit, selon la formule de l'*habeas corpus*, que «Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale». Ainsi, dans l'arrêt *Neumeister*, rendu en 1968, la Cour a considéré que le principe de l'égalité des armes n'était pas applicable, car, selon elle : «...les recours relatifs à la détention préventive appartiennent incontestablement au domaine de la loi pénale et le texte de la disposition invoquée (l'article 6 § 1) a expressément limité l'exigence du procès équitable au procès portant sur le bien-fondé de l'accusation, ce qui est manifestement étranger au recours en question» (11). Mais en fait, ce n'est qu'à la fin de l'arrêt que la Cour explicite les motifs réels de sa décision. Elle affirme, en effet, qu'«...une complète procédure écrite ou des débats contradictoires pour l'examen de ces recours seraient une source de retards qu'il importe d'éviter en cette matière» (12). Dès lors, on constate que la Cour, à cette époque, faisait primer la rapidité de la procédure sur sa nécessaire équité. Cette position était particulièrement peu satisfaisante car elle aboutissait à la situation paradoxale selon laquelle la Cour reconnaissait que le principe de l'égalité des armes avait bel et bien été violé puisque dans cette affaire l'examen des demandes de mise en liberté s'était déroulé après que le ministère public eut été entendu, mais en l'absence du requérant et de son conseil, sans pour autant pouvoir l'appliquer à l'espèce. Ce paradoxe apparaît clairement dans cette considération : «La Cour incline à admettre que ce fait est contraire au principe de l'égalité des armes que la Commission a déclaré à juste titre, dans plusieurs décisions et avis, être compris dans la notion de procès équitable (*fair trial*) inscrite à l'article 6 § 1. La Cour ne considère cependant pas ledit principe comme applicable à l'examen des demandes de mise en liberté provisoire» (13). Cette position initiale de la jurisprudence qui fut confirmée dans d'autres arrêts de la Cour (14) était intenable car elle conduisait à dénier toute garantie d'équilibre entre l'accusation et la défense à un moment pourtant extrêmement important de la phase préparatoire de la procédure, puisque c'est le moment où le juge va pouvoir décider de la poursuite ou de la cessation de la détention d'un individu.

Mais, à partir du milieu des années 1980, la jurisprudence de la Cour a commencé à s'infléchir, sous l'impulsion des avis et décisions de la commission. Ainsi, dans un arrêt *Sanchez-Reisse* (15) de 1986, la Cour a décidé que les garanties attachées au respect de l'égalité des armes devaient s'appliquer aux demandes de libération provisoire formulées par un détenu sur lequel pesait la menace d'une extradition. Et c'est surtout avec l'arrêt *Lamy* de 1989 que la Cour a définitivement scellé sa jurisprudence en estimant qu'«Il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle, ultérieure, de la culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas tandis que la loi l'exige dans

(11) Cour Eur. D. H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, précité (p. 43, § 23).
(12) Cour Eur. D. H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, précité (p. 44, § 24).
(13) Cour Eur. D. H., arrêt Neumeister du 27 juin 1968, précité (p. 43, § 22).
(14) Cour Eur. D. H., arrêt Matznetter du 10 novembre 1969, précité
(15) Cour Eur. D. H., arrêt Sanchez-Reisse du 21 octobre 1986, *Série A* n° 107.

le second» (16). Cette affirmation de la Cour de Strasbourg constitue un revirement très net par rapport aux solutions qu'elle avait adopté précédemment dans les arrêts *Neumeister* et *Matznetter*.

Par conséquent, on constate que l'interprétation actuelle de la Cour tend à étendre le bénéfice de l'égalité des armes en amont du procès. En outre, il apparaît que ce principe s'applique également en aval, lors du procès proprement dit.

b) L'applicabilité du principe de l'égalité des armes lors du procès proprement dit

Le principe de l'égalité des armes s'applique tant devant les juridictions de première instance, que devant les juridictions d'appel et de cassation. Le premier cas de figure ne soulève pas de problèmes particuliers lorsqu'il s'agit de juridictions de droit commun. En revanche, il peut en soulever quand le procès a lieu devant des juridictions spécialisées.

D'abord, s'agissant des juridictions ordinaires, lorsque celles-ci statuent dans ce cadre de procédures normales, il n'y a aucune difficulté, le principe de l'égalité des armes doit s'appliquer au litige sous réserve que celui-ci ait trait : soit, à «des contestations sur des droits et obligations de caractère civil» ; soit, au «bien-fondé de toute accusation en matière pénale». De plus, il importe de relever que, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, cette règle doit également s'appliquer lorsque les juridictions ordinaires mettent en œuvre des procédures accélérées. C'est ainsi que la France a été condamnée dans un arrêt *Delta*, rendu en 1990, car sa procédure dite de «saisine directe» a été jugée non conforme aux exigences de l'égalité des armes (17). Cette procédure, appelée aujourd'hui «comparution immédiate» consiste en un allégement du formalisme de la procédure qui ne va pas sans risques car bien souvent la justice rendue dans de telles conditions peut s'avérer expéditive, d'autant plus que le Président du Tribunal peut prononcer la mise en détention du prévenu. C'est pourquoi, il est particulièrement important que la Cour de Strasbourg ait affirmé que, même au cours de ces procédures accélérées, l'égalité des armes devait être respectée.

Ensuite, la Cour a considéré que le principe de l'égalité des armes devait aussi être respecté devant les juridictions spécialisées. Ainsi, dans un arrêt *Engel* de 1976, elle a vérifié le respect du principe devant une juridiction militaire (18). En l'espèce, il s'agissait de trois jeunes appelés néerlandais qui avaient été condamnés par un tribunal militaire pour diverses infractions à la discipline. Contrairement à ce qu'avait décidé la Commission européenne des droits de l'homme, la cour a examiné la question sur le fond du principe de l'égalité des armes en reconnaissant que, pour partie les demandes des requérants avaient trait au «bien-fondé d'une accusation en matière pénale», et à des «contestations sur des droits et obligations de caractère civil». Cette solution est intéressante, même si, dans l'arrêt *Engel* la Cour n'a pas conclu à une violation du principe ; car, en déclarant le principe de l'égalité des armes applicable aux procédures disciplinaires militaires, la Cour soumet ces procédures, trop souvent sommaires, à un minimum d'équité.

Mais la Cour et la Commission ne se sont pas contentées de garantir l'égalité des armes devant les juridictions de première instance, qu'elles soient ordinaires ou spécialisées. Elles ont, en outre, étendu le bénéfice de cette garantie aux procédures d'appel et de cassation.

(16) Cour Eur. D. H., arrêt Lamy du 30 mars 1989, précité, (p. 17, § 29).
(17) Cour Eur. D. H., arrêt Delta du 19 décembre 1990, *Série A* n° 191.
(18) Cour Eur. D. H., arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, *Série A* n° 22.

Cela était acquis dès l'arrêt *Delcourt* de 1970, dans lequel la Cour a décidé que : «Certes, l'article 6 de la Convention n'astreint pas les États contractants à créer des Cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un État qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6», et plus loin, d'ajouter : «Dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente, qu'une interprétation restrictive de l'article 6 § 1 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition» (19). Il ressort de ces considérations que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement opté pour une interprétation extensive du champ d'application du principe de l'égalité des armes. Il faut rapprocher cette constatation de celle que nous avons faite à propos de l'applicabilité du principe aux demandes de mise en liberté. Dès lors, on peut conclure que le principe de l'égalité des armes est un principe général applicable à tous les stades de la procédure. Il convient encore de signaler que la position arrêtée dans l'arrêt *Delcourt* a été confirmée par plusieurs avis de la Commission et surtout par plusieurs arrêts de la Cour, notamment les arrêts *Monnel et Morris* de 1987 (20), *Ekbatani* de 1988 (21) et, enfin, *Borgers* de 1991 (22).

Pour conclure sur ce point, on peut souligner que, selon l'interprétation de la Cour et de la Commission, le respect de l'égalité des armes impose un certain équilibre entre l'accusation et la défense, des premiers actes du procès, comme l'instruction, jusqu'à ce qui constitue l'acte ultime d'une procédure dans l'ordre interne, à savoir le délibéré devant une Cour de cassation. Toutefois, il reste désormais à rechercher si l'application extensive de ce principe va de pair avec une amélioration de la protection offerte à la défense au cours du procès.

B) L'AMÉLIORATION CONSTANTE DE LA PROTECTION ACCORDÉE À LA DÉFENSE PAR L'APPLICATION DU PRINCIPE

Lorsqu'on analyse la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au principe de l'égalité des armes, on est frappé de constater les progrès accomplis. En effet, à l'origine, la Cour de Strasbourg avait une conception assez restrictive du concept d'égalité des armes, de sorte que les recours avaient peu de chances d'aboutir sur ce fondement. Puis, à partir de l'arrêt *Bönisch* de 1985 (23), la Cour a commencé à assurer une application effective du principe, en déclarant de nombreuses dispositions de droit interne non conformes à la Convention. C'est pourquoi, on peut affirmer, aujourd'hui que ce concept de l'égalité des armes est un concept réellement opératoire. Aussi, convient-il d'en déterminer la portée afin de savoir avec précision quelle est l'étendue de la protection qu'il offre à la défense au cours du procès.

Il apparaît que la jurisprudence européenne a accordé une protection de plus en plus grande à la défense en lui reconnaissant une égalité d'armes avec l'accusation, aussi bien en ce qui concerne l'accès à l'information au cours du procès, qu'en ce qui concerne la présence des parties au procès.

(19) Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, précité, (p. 14-15, § 25-26).
(20) Cour Eur. D. H., arrêt Monnel et Morris du 2 mars 1987, *Série A* n° 115.
(21) Cour Eur. D. H., arrêt Ekbatani du 26 mai 1988, précité.
(22) Cour Eur. D. H., arrêt Borgers du 30 octobre 1991, précité.
(23) Cour Eur. D. H., arrêt Bönisch du 6 mai 1985, précité.

a) L'égalité des armes dans l'accès à l'information au cours du procès

L'accès à l'information, entendue au sens large, constitue un aspect essentiel de l'égalité d'armes entre l'accusation et la défense. Il implique : d'une part, que la défense ait un droit égal à celui de l'accusation dans la consultation et la critique du dossier de la procédure, et, d'autre part, qu'elle ait un droit égal dans la convocation et l'interrogation des témoins.

Le droit de consultation et de critique du dossier de la procédure qui se rapproche des exigences du contradictoire a été formellement consacré par la Commission dans plusieurs avis et décisions, et surtout par la Cour dans un certain nombre d'arrêts importants. Ainsi, dans un arrêt *Feldbrugge* de 1986, la juridiction européenne a fait une application intéressante du principe de l'égalité des armes (24). En l'espèce, il s'agissait d'un procès civil dans lequel la requérante, de nationalité néerlandaise, se plaignait de la suspension de ses allocations perçues au titre de l'assurance maladie. Cette suspension avait été décidée à la suite du rapport de deux experts médicaux, et à l'initiative d'une association professionnelle, qui, en vertu de la législation néerlandaise assurait la gestion commune avec l'État de la Sécurité sociale. Devant la Commission, puis la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante invoquait une violation de l'égalité des armes, tant entre elle-même et l'association, partie au procès, qu'entre elle et le président de la Commission néerlandaise des recours devant lequel l'affaire avait été portée. Cette décision est originale car c'est la seule affaire relative à un procès civil dans laquelle la Cour ait fait application du principe de l'égalité des armes. Et dans cette hypothèse particulière, on constate que l'égalité des armes peut être envisagée sous deux points de vue : d'une part, il faut rechercher si l'égalité des armes a été respectée entre les plaideurs, entre les parties au procès civil ; et, d'autre part, il faut rechercher si l'équilibre a existé entre le juge et le plaignant. Dans l'arrêt *Feldbrugge* la Cour a décidé que l'égalité des armes avait été respectée entre la requérante et l'association professionnelle, car cette dernière n'a pas bénéficié d'un «statut plus favorable» et notamment, «...si les experts avaient exprimé un avis contraire à ses thèses, elle n'aurait pas pu, elle non plus, se défendre oralement ou par écrit, ni combattre ledit avis». En revanche, la juridiction européenne a estimé que le principe de l'égalité des armes avait été violé dans la procédure suivie devant le président de la commission des recours, car ce dernier n'avait fourni à la requérante, ni à son représentant «...l'occasion de consulter et critiquer le dossier de l'affaire, notamment les deux rapports, bases de la décision, dressés par les experts permanents» (25). Par conséquent, on constate que la Cour de Strasbourg protège efficacement le droit des requérants à consulter et à critiquer le dossier de la procédure. Toutefois, il convient de remarquer que ce droit s'apprécie différemment entre les parties elles-mêmes et entre le juge et la défense. Il semble bien que dans ce deuxième cas de figure, la Cour européenne adopte une conception plus stricte de l'égalité des armes, qui, dans ce cas, paraît aller au-delà des exigences traditionnelles du contradictoire.

Mais l'arrêt qui a consacré l'existence de ce droit égal à la consultation et à la critique du dossier de la procédure de la manière la plus claire, c'est l'arrêt *Lamy*, rendu en 1989 (26). Dans cette décision la Cour a affirmé que : «...tandis que le procureur du Roi avait connaissance de l'ensemble du dossier, la procédure suivie n'a pas offert au requérant la possibilité de combattre de manière appropriée les motifs

(24) Cour Eur. D. H., arrêt Feldbrugge du 29 mai 1986, précité.
(25) Cour Eur. D. H., arrêt Feldbrugge du 29 mai 1986, précité, (p. 17, § 44).
(26) Cour Eur. D. H., arrêt Lamy du 30 mars 1989, précité.

invoqués pour justifier la détention préventive. Faute d'avoir garanti l'égalité des armes, elle n'a pas été réellement contradictoire» (27). Tout d'abord, on peut remarquer que dans cette solution, la Cour semble ne pas faire de distinction entre le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire. Pourtant, on a pu voir que ces deux principes ne se recoupaient pas forcément. Ensuite, il convient de rappeler les données de l'affaire *Lamy*, afin de bien cerner la portée de la solution de la Cour. En l'espèce, M. Lamy avait été placé en détention préventive à la suite d'une faillite frauduleuse. Une instruction était donc en cours. Or, la législation belge interdisait au requérant l'accès au dossier de l'instruction tant que celle-ci ne serait pas clôturée, et, de même ne permettait l'accès de l'avocat du requérant à ce dossier que dans des conditions très limitées. De plus, l'assistance d'un avocat n'étant pas obligatoire à ce stade de la procédure, s'il n'avait pas eu d'avocat, le prévenu n'aurait pu avoir strictement aucune idée du contenu du dossier le concernant. Cette situation tout à fait préjudiciable aux droits de la défense a été fermement condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dès lors, avec cet arrêt, on peut affirmer que le principe de l'égalité des armes impose que l'accusation ne dissimule pas de pièces à la défense. Donc, le dossier de la procédure doit être «transparent» et permettre le déroulement d'un véritable débat contradictoire. Il faut, en outre, noter qu'à la suite de cet arrêt, la Cour de cassation belge a opéré un revirement spectaculaire et s'est conformée très exactement aux prescriptions des juges européens en décidant que, désormais, le Conseil de l'inculpé aurait droit à la communication du dossier de l'instruction lors de la première comparution devant la chambre du conseil appelée à statuer sur la confirmation du mandat d'arrêt (28). Ce faisant, selon M. Ergec, la Cour de cassation a consacré définitivement «la doctrine de la chose interprétée» selon laquelle : «...l'interprétation que la Cour européenne donne d'une disposition directement applicable de la Convention s'impose au juge national et prime les lois internes, fussent-elles postérieures» (29).

L'égalité d'accès au dossier de la procédure est donc un élément très important de l'égalité des armes dans l'accès à l'information au cours du procès. Il en va de même pour l'accès à une seconde source d'informations : les témoignages. L'article 6 § 3 *d* de la Convention prévoit le droit pour tout accusé à «interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les *mêmes conditions* que les témoins à charge...». Selon la jurisprudence européenne, l'emploi de l'adjectif «même» signifie que l'égalité des armes doit être respectée également dans le cadre de l'article 6 § 3 *d*. On constate, par conséquent, une fois de plus, que l'égalité des armes est un principe fondamental du procès qui déborde le cadre strict de l'article 6 § 1.

En outre, il faut souligner que la Cour a adopté une interprétation extensive de la notion de «témoins» qui apparaît dans l'article 6 § 3 *d*. En effet, selon la jurisprudence européenne, l'égalité des armes doit s'exercer non seulement à l'égard des témoins, mais aussi à l'égard des experts.

Au départ, s'agissant des témoins, la Cour, notamment dans son arrêt *Engel*, estimait que l'article 6 § 3 *d* : «...ne commande pas la convocation et l'interrogation de tout témoin à décharge. Ainsi que l'indiquent les mots "dans les mêmes conditions", il a pour but essentiel une complète "égalité des armes" en la matière ; sous cette réserve, il laisse aux autorités nationales compétentes le soin de juger de la pertinence d'une offre de preuve dans la mesure de la notion de procès équitable qui

(27) Cour Eur. D. H., arrêt Lamy du 30 mars 1989, précité, (p. 17, § 29).
(28) Cour de cassation belge, arrêt du 10 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 330 et les conclusions de l'avocat général M. Piret.
(29) Ergec (R.), «De la communication du dossier de l'instruction à la doctrine de la chose interprétée», *J.T.*, 1989, p. 397.

domine l'ensemble de l'article 6» (30). Or, en l'espèce, il est facile de constater que la législation incriminée n'était pas conforme au principe de l'égalité des armes, car elle consistait à laisser à la juridiction militaire le choix discrétionnaire de convoquer ou non les témoins. Cette position initiale de la jurisprudence aboutissait donc à adopter une conception de l'égalité des armes peu protectrice des droits de la défense. Cette situation a évolué par la suite et la Cour est allée plus loin, notamment dans un arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo* de 1988, dans lequel elle a affirmé, que le droit d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge : «...implique non seulement l'existence, en la matière, d'un équilibre entre l'accusation et la défense, mais aussi que l'audition des témoins doit en général revêtir un caractère contradictoire» (31). En l'espèce, la Cour a jugé que la procédure suivie en Espagne afin de juger des autonomistes basques auteurs d'un attentat meurtrier avait été contraire au principe de l'égalité des armes, notamment parce que la défense n'avait pu citer à comparaître un témoin à décharge important. Mais la Cour de Strasbourg est allée encore plus loin en estimant que la défense devait pouvoir également convoquer et faire interroger les témoins à charge, exactement comme pourrait le faire l'accusation. Ainsi, dans l'arrêt *Delta* de 1990, elle a estimé que le principe de l'égalité des armes n'avait pas été respecté lors de la procédure suivie en France, car, «...ni le requérant, ni son conseil n'eurent jamais une occasion suffisante d'interroger des témoins dont les dires, recueillis en leur absence et rapportés plus tard par un fonctionnaire de police qui n'avait pas assisté à l'agression dans le métro, furent pris en compte par le juge du fond, d'une manière déterminante en première instance et en appel, le dossier ne contenant aucun autre indice. Ils ne purent donc en contrôler la crédibilité ni jeter un doute sur elle» (32). Dans cette affaire, le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement ferme par les juridictions françaises, à l'issue d'une procédure expéditive, dite à l'époque de «saisine directe», sans jamais avoir été confronté aux personnes dont le seul témoignage avait suffi à persuader le juge de sa culpabilité.

En outre, la Cour de Strasbourg a considéré que ce droit de la défense devait s'étendre au droit d'entendre et, éventuellement de contredire, un expert présentant des garanties suffisantes d'impartialité. La Cour a procédé à une extension par analogie de la notion de «témoins» contenue à l'article 6 § 3 *d* de la Convention pour admettre que le principe de l'égalité des armes devait également s'exercer à l'égard des experts. C'est pour la première fois dans l'arrêt *Bönisch* de 1985 que la Cour a adopté ce raisonnement (33). Dans cette affaire, M. Bönisch, citoyen allemand résidant à Vienne, exploitait une entreprise de viande fumée. Cette viande, qu'il destinait à la vente fut contrôlée à plusieurs reprises par l'Institut fédéral pour le contrôle des denrées qui la jugea impropre à la consommation car falsifiée. À la suite de ces constatations, M. Bönisch fit l'objet de poursuites pénales qui se soldèrent par une condamnation. Mais le requérant a invoqué devant la Cour, une rupture de l'égalité des armes au motif que l'expert ayant témoigné devant le tribunal était le directeur de l'Institut dont les contrôles avaient déclenché les poursuites. La Cour a suivi le raisonnement du requérant en affirmant : «On comprend aisément que des doutes surgissent, en particulier chez l'"accusé", sur la neutralité d'un expert dont le rapport a précisément provoqué l'exercice de l'action publique. En l'espèce, les apparences rapprochaient plutôt le directeur d'un témoin à charge. En soi, son audition pendant les débats ne se heurtait pas à la Convention, mais le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable et illustré par le paragraphe 3 *d* de l'ar-

(30) Cour Eur. D. H., arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, précité, (p. 38-39, § 91).
(31) Cour Eur. D. H., arrêt Barberà, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, précité, (p. 33, § 78).
(32) Cour Eur. D. H., arrêt Delta du 19 décembre 1990, précité, (p. 16, § 37).
(33) Cour Eur. D. H., arrêt Bönisch du 6 mai 1985, précité.

ticle 6 (" dans les mêmes conditions ") exigeait un équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense» (34). Cet arrêt est un arrêt de principe extrêmement important, car non seulement, comme nous l'avons signalé il est le premier à avoir conclu à une violation du principe de l'égalité des armes, mais, en outre, il a consacré avec force le principe de l'égalité entre l'accusation et la défense quant à l'audition d'experts impartiaux. D'ailleurs, à la suite de cette décision les juridictions autrichiennes ont tiré les conséquences qui s'imposaient. En effet, la Cour constitutionnelle autrichienne, se référant à l'arrêt *Bönisch*, a déclaré inconstitutionnel l'article 48 du Code de l'alimentation autrichien qui prévoyait la nomination comme expert de l'agent ayant procédé au contrôle des denrées alimentaires, en cas de contestations sur le contrôle (35). En 1991, dans un arrêt *Brandstetter*, la Cour européenne des droits de l'homme a eu de nouveau à connaître d'un problème similaire à celui soulevé dans l'arrêt *Bönisch*. Il s'agissait d'une affaire concernant toujours l'Autriche, dans laquelle un négociant en vins était poursuivi pour diverses infractions concernant la qualité des vins (36). Comme dans l'affaire *Bönisch* l'expert qui avait été entendu devant le tribunal était celui-là même qui avait procédé aux contrôles ayant déclenché les poursuites. Pourtant, dans cette affaire, la Cour a estimé que la procédure n'avait pas été contraire au principe de l'égalité des armes car, rien ne permettait de penser que l'expert ait pu perdre sa neutralité. Cet arrêt, si on le confronte avec l'arrêt *Bönisch* de 1985 fait apparaître que la Cour exerce un contrôle concret et pragmatique de l'égalité des armes.

Il apparaît donc que la Cour de Strasbourg garantit à la défense un droit égal dans l'accès aux informations, qu'elles soient contenues dans le dossier de la procédure ou détenues par les témoins et les experts. De même, elle garantit une égalité des armes dans la présence des parties au procès.

b) L'égalité des armes et la présence des parties au procès

L'égalité des armes et la présence des parties au procès suppose que l'on examine successivement : la présence de l'accusation et, la présence de la défense. En effet, il ne peut y avoir de véritable égalité des armes que si l'accusation et la défense sont à la fois présentes et ont la possibilité d'échanger leurs points de vues respectifs.

La question de la présence de l'accusation au procès a été à l'origine d'un débat intéressant. Il est, en effet, apparu dans plusieurs affaires que bien souvent, lors du procès, un membre du ministère public était présent alors que ni l'accusé, ni son conseil ne l'étaient. La procédure la plus significative à cet égard étant celle qui prévaut devant la Cour de cassation belge. En effet, devant cette juridiction, depuis plus d'un siècle et demi, l'avocat général prend la parole en dernier au cours de l'audience et participe au délibéré. Cette situation qui rompt le nécessaire équilibre entre l'accusation et la défense a suscité plusieurs avis et décisions de la Commission et surtout deux arrêts importants de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le premier, l'arrêt *Delcourt*, rendu en 1970, la Cour avait considéré que la procédure belge n'était pas contraire au principe de l'égalité des armes. En revanche, dans la seconde décision, l'arrêt *Borgers* de 1991, elle a estimé que le ministère public devant la Cour de cassation belge disposait d'un avantage sur la défense. Dans l'arrêt *Delcourt*, la juridiction européenne a examiné de manière concrète quelles étaient les

(34) Cour Eur. D. H., arrêt Bönisch du 6 mai 1985, précité, (p. 15, § 32).
(35) Cité dans : Commission européenne des droits de l'homme, *Bilan de la C.E.D.H.*, supplément 1986, 1988, p. 49.
(36) Cour Eur. D. H., arrêt Brandstetter du 28 août 1991, *Série A*, n° 211.

attributions de l'avocat général près de la Cour de cassation belge. Comme elle le souligne, elle a regardé «au-delà des apparences» (37), c'est-à-dire qu'elle a effectué un contrôle réaliste, concret, du rôle joué par le ministère public notamment au cours du délibéré. Et de ce contrôle, il ressortait que l'avocat général n'était ni l'«adversaire effectif» ni même l'«adversaire virtuel» des accusés, car selon la Cour de Strasbourg, son rôle se limitait à exercer une «surveillance doctrinale» (38). Par conséquent, l'avocat général ne peut pas être considéré comme une partie adverse, mais son rôle s'apparente plutôt à celui du Commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives françaises ou à celui de l'avocat général près de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette solution a été approuvée par la majorité des commentateurs de l'époque, et même encore récemment par MM. Velu et Ergec dans leur important ouvrage consacré à la Convention européenne des droits de l'homme, dans lequel ils affirment que cette jurisprudence ne peut qu'être approuvée car : «...le rôle du ministère public à la Cour de cassation est, en règle générale, d'éclairer la Cour sur des questions strictement juridiques et ce, de manière tout à fait indépendante et impartiale» (39).

Pourtant, cette solution pouvait sembler peu conforme aux exigences de l'égalité des armes et c'est d'ailleurs ce qu'a jugé dernièrement la Cour de Strasbourg. De 1970 à 1991, plusieurs avis et décisions de la Commission avaient laissé pressentir une évolution de la jurisprudence de la Cour (40), et cette évolution s'est concrétisée dans un arrêt *Borgers* du 30 octobre 1991 (41). On peut dire que cet arrêt a pu être rendu parce qu'à cette époque, la Cour de Strasbourg avait atteint son «âge de majorité et de maturité» (42). En effet, il est frappant de constater que les faits étaient comparables à ceux de l'arrêt *Delcourt* et que, néanmoins, la Cour a modifié radicalement son interprétation. Cette fois, elle a considéré que le système en vigueur en Belgique, selon lequel le ministère public doit prendre la parole en dernier lors de l'audience et participer au délibéré, était contraire au principe de l'égalité des armes. Son raisonnement s'est appuyé d'abord sur la considération selon laquelle, la notion de procès équitable «...a connu dans la jurisprudence de la Cour une évolution des plus notables, marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public à une bonne justice...» (43). Ensuite, la Cour a jugé que «...sans remettre en cause l'indépendance ou l'impartialité de l'avocat général, l'opinion de ce dernier ne saurait passer pour neutre du point du vue des parties à l'instance en cassation : en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif» (44). Cet arrêt, rendu en séance plénière, constitue donc indéniablement un revirement par rapport à l'arrêt *Delcourt*, même si certains auteurs comme M. Callewaert ont tenté d'en minimiser la portée (45). En effet, selon ce dernier, l'arrêt *Borgers* ne constituerait pas réellement un revirement car la seule différence avec l'arrêt *Delcourt* serait que dans l'arrêt *Borgers*, le juge européen ne serait pas

(37) Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, précité, (p. 17, § 31).
(38) Cour Eur. D. H., arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, précité, (p. 17, § 32).
(39) Velu (J.) et Ergec (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant,- Bruxelles, 1990, p. 414.
(40) Notamment : Commiss., déc. du 15 juillet 1986, Bricmont c/ Belgique, req. n° 10857/84, *D.R.* XXXXVIII, p. 106 ; Commiss., déc. du 9 décembre 1986, Kaufman c/ Belgique, req. n° 10938/84, *D.R.* L, p. 98.
(41) Cour Eur. D. H., arrêt Borgers du 30 octobre 1991, précité.
(42) M. Trechsel, délégué de la commission, dans le compte-rendu de l'audience de la Cour du 19 mars 1991 sur l'affaire Borgers, p. 12.
(43) Cour Eur. D. H., arrêt Borgers du 30 octobre 1991, précité, (p. 8 et 9, § 24).
(44) Cour Eur. D. H., arrêt Borgers du 30 octobre 1991, précité, (p. 9, § 26).
(45) Callewaert (J.), note, Cour Eur. D. H., arrêt Borgers du 30 octobre 1991, «Au-delà des apparences... d'un revirement», *R.T.D.H.*, n° 10, 1992, p. 204.

allé au-delà des apparences et se serait contenté de constater l'apparente violation du principe de l'égalité des armes. Son contrôle aurait donc été réduit au contrôle des apparences qu'exprime l'adage : «*Justice must not only be done ; it must also be seen to be done*». On peut cependant relever que, même dans l'arrêt *Borgers* le contrôle du juge est allé au-delà des apparences et que c'est avec beaucoup de réalisme, au contraire, qu'il a mis en évidence la contrariété de la procédure belge avec le système de protection des droits de l'homme instauré par la Convention. Pour en terminer avec cette question, il convient d'insister sur le fait qu'en quelques années, la juridiction de Strasbourg a considérablement amélioré la protection accordée à la défense par l'exigence d'égalité des armes. Cela se vérifie donc lorsqu'elle contrôle si la présence de l'accusation au procès a rompu l'égalité des armes ou, lorsqu'elle examine dans quelle mesure la présence de la défense a permis que le procès se déroule de manière équitable.

Face à la question de la présence de la défense au procès, la Cour européenne des droits de l'homme semble adopter plusieurs attitudes différentes, et surtout on peut distinguer dans sa jurisprudence plusieurs conceptions de l'égalité des armes.

Tout d'abord, on rencontre une conception formelle de l'égalité des armes qui correspond à deux attitudes distinctes de la Cour. D'une part, dans certaines affaires elle a adopté une position minimaliste ; d'autre part, dans la majorité des cas, elle a le plus souvent adopté une position moyenne. Ce que l'on peut qualifier de position minimaliste est une attitude de la Cour qui est illustrée par plusieurs arrêts. Mais, il faut signaler que la commission, elle-même avait adopté cette attitude dès 1967 dans une affaire *X. c/ Autriche* (46), confirmée par plusieurs autres décisions (47). Cette position consiste à considérer que l'égalité des armes est respectée, dès lors que ni l'accusation, ni la défense n'ont été présentes au procès. Cette égalité que MM. Velu et Ergec ont qualifié d'«égalité par le bas» (48) repose sur une conception excessivement formaliste de l'égalité des armes ; car, rien ne permet d'affirmer que l'égalité des armes a été réellement respectée quand ni l'accusation, ni la défense, n'ont pu davantage faire valoir leurs arguments. Une bonne illustration de cette position peut être trouvée dans l'arrêt *Monnel et Morris* de 1987 dans lequel la Cour affirme que : «...le principe de l'égalité des armes, inhérent à la notion d'équité consacrée par l'article 6 § 1 ; a été respecté car juge unique et *Court of Appeal* plénière n'ont pas plus entendu l'accusation que les deux intéressés» (49). De même, dans l'arrêt *Ekbatani* de 1988, la Cour a décidé que : «La Cour d'appel s'est conformée au principe de l'égalité des armes. En particulier, elle n'a permis au prévenu ni au procureur de comparaître en personne devant elle...» (50). À propos de cet arrêt *Ekbatani,* il faut encore signaler qu'il a été rendu contrairement à l'avis de la Commission qui elle, dans son rapport du 7 octobre 1986, avait estimé que le simple fait que ni l'accusation, ni la défense n'avaient été présentes à l'audience ne suffisait pas à garantir le respect de l'égalité des armes. On constate par conséquent, qu'un débat existe et on peut souhaiter que cette position peu satisfaisante de la Cour soit prochainement abandonnée. La seconde attitude de la Cour consiste en une position moyenne qui dénote également une conception formelle de l'égalité des armes. Selon cette conception, l'égalité des armes est respectée lorsqu'à la fois l'accusation et la défense ont pu être présentes lors du procès. C'est la conception de l'égalité des armes la plus

(46) Commiss., déc. du 7 février 1967, req. n° 2343/64, X. c/ Autriche, *Ann.* X, p. 177.
(47) Commiss., déc. du 5 avril 1968, Y. et Z. c/ Royaume-Uni, req. n° 3104/67 et déc. du 19 juillet 1968, X. c/ Royaume-Uni, req. n° 3168/67, *Ann.* XI, p. 466 ; Commiss., déc. du 30 septembre 1974, req. n° 5871/72, *D.R.* I, p. 54 ; Commiss., déc. du 16 mai 1977, X. c/ Royaume-Uni, req. n° 7413/76, *D.R.* IX, p. 100.
(48) Velu (J.) et Ergec (R.), *op. cit.*, p. 412.
(49) Cour Eur. D. H., arrêt Monnel et Morris du 2 mars 1987, *Série A* n° 115, (p. 24, § 62).
(50) Cour Eur. D. H., arrêt Ekbatani du 26 mai 1988, *Série A* n° 134, (p. 14, § 30).

simple et aussi celle que l'on rencontre le plus fréquemment. Elle s'est exprimée, par exemple, dans les arrêts *Feldbrugge* ou *Sanchez-Reisse* de 1986. Dans ces arrêts la Cour s'est bornée à constater que les parties étaient présentes au procès pour en conclure que l'égalité des armes n'avait pas été violée. Cette position était déjà assez protectrice des droits de la défense, pourtant on peut remarquer que dans certaines hypothèses, la Cour de Strasbourg est allée encore plus loin et a, semble-t-il, consacré une conception réelle de l'égalité des armes.

Cette conception de l'égalité des armes est perceptible à travers une troisième attitude possible de la Cour de Strasbourg, attitude qui pourrait être qualifiée de maximaliste. C'est l'attitude qu'a adopté la Cour dans l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo* de 1988 (51). Dans cette affaire, les accusés, auteurs d'un attentat meurtrier à Barcelone, avaient été transférés à Madrid pour y être jugés, car les autorités espagnoles craignaient la survenance de troubles lors du procès, si celui-ci devait se dérouler dans la ville même où ils avaient perpétré leur action terroriste. Ce transfert s'était effectué dans la nuit, et les accusés n'étaient arrivés à Madrid qu'au petit matin, le jour même du procès, après plus de 600 km de voyage en voiture cellulaire. La Cour a considéré que de la sorte, ils avaient été placés dans un «...état de moindre résistance physique et morale quand ils abordaient une audience très importante pour eux, vu la gravité des infractions qu'on leur reprochaient et des peines qu'ils encouraient. Et malgré l'assistance de leurs conseils, qui eurent l'occasion de présenter leurs arguments, ce fait par lui-même regrettable affaiblit sans nul doute leur position à un moment crucial où ils avaient besoin de tous leurs moyens pour se défendre, et notamment pour affronter leur interrogatoire dès l'ouverture de l'audience et pour se concerter efficacement avec leurs avocats» (52). Cette position de la Cour est extrêmement protectrice des droits de la défense car elle conduit à exiger que règne entre l'accusation et la défense, une égalité réelle. Puisqu'en effet, les accusés doivent non seulement être présents lors du procès, mais, en outre, cette présence doit revêtir une certaine qualité, puisqu'il faut que les accusés soient en pleine possession de leurs moyens. Il semble donc que la Cour de Strasbourg, dans cet arrêt, et relativement à la question de la présence de la défense au procès ait consacré une conception réelle de l'égalité des armes. Dès lors, la simple égalité de droit n'est pas suffisante, il faut également que soit respectée une égalité de fait.

À l'issue de ce panorama de la jurisprudence européenne relative à l'égalité des armes, force est de constater que ce principe constitue une norme effective dont le champ d'application et la portée protectrice des droits de la défense n'ont cessé de s'étendre au cours des dernières années. Il convient à présent, d'analyser l'influence en droit interne des solutions dégagées par la Commission et la Cour de Strasbourg.

II - LA RÉCEPTION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES ARMES PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Le principe de l'égalité des armes connaît un succès inégal dans les jurisprudences internes françaises. Si le Conseil constitutionnel l'a consacré implicitement, la Cour de cassation ne le reconnaît, semble-t-il qu'avec de grandes réticences, tandis que la jurisprudence du Conseil d'État est muette à son sujet.

(51) Cour Eur. D. H., arrêt Barberà, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, précité.
(52) Cour Eur. D. H., arrêt Barberà, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, précité (p. 31, § 70).

A) LA CONSÉCRATION IMPLICITE DU PRINCIPE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'observer d'une part, qu'il a posé comme exigence le respect d'une procédure juste et équitable en cas de litige et d'autre part, qu'il garantit l'égalité entre les parties au procès.

a) L'exigence d'une procédure juste et équitable

Il convient d'examiner les conditions dans lesquelles est apparue cette nouvelle exigence du Conseil et sa portée.

Saisi par plus de soixante sénateurs, le juge constitutionnel a examiné la conformité à la Constitution de la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. Soulevant d'office la question de la constitutionnalité de l'article 10 de la loi, il déclare celui-ci contraire à la Constitution et au principe des droits de la défense (53). La loi prévoyait en effet que la Commission des opérations de Bourse (COB) pouvait à la fois être juge et partie. Dès lors qu'ils constituaient une infraction pénale, les mêmes faits pouvaient être sanctionnés par la COB agissant dans le cadre d'une procédure administrative en tant qu'autorité chargée de veiller à la protection de l'épargne et au bon fonctionnement des marchés de valeurs mobilières mais également par le juge pénal au cours d'une procédure dans laquelle la COB pouvait se porter partie civile dans l'intérêt général. Ainsi, la COB pouvait agir en poursuivant le même intérêt que le ministère public. C'est pourquoi ces cumuls de pouvoirs et de fonctions conférés par la loi à la COB ont été censurés par le juge constitutionnel qui a rappelé «que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» (54) et surtout précisé que celui-ci «implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties». Cette dernière disposition appelle plusieurs observations quant à la portée de cette nouvelle exigence.

Tout d'abord, le juge constitutionnel par cette décision, apporte un élément supplémentaire à la définition de la notion des droits de la défense en posant comme exigence l'existence d'une procédure juste et équitable.

Ensuite, il faut constater que le champ d'application de cette exigence n'est pas limité à la matière pénale, l'utilisation par le Conseil de l'adverbe «*notamment*», signifiant que l'application de ce principe n'est pas réservée exclusivement à la procédure pénale. Il semble cependant qu'en ce domaine le juge sera plus attentif à l'équilibre des droits des parties.

Enfin, les commentateurs n'ont pas manqué de faire remarquer que cette jurisprudence semble s'inspirer de celle des juridictions étrangères qui exigent le respect d'une procédure égale et équitable. De cette décision qui n'a pas fait l'unanimité, Bruno Genevois note que «la formulation adoptée n'est pas sans rappeler aussi bien les termes de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable) que la jurisprudence des organes de la Convention (exigence de l'égalité des armes entre les parties au procès pénal)» (55).

---

(53) Décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *Rec.* p. 71, consid. 44-46.

(54) Décision 76-70 DC du 2 décembre 1976, Loi relative à la prévention des accidents du travail, *Rec.* p. 39, consid. 2.

(55) Genevois (B.), «Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires», *RFDA*, 1989, 4, p. 681-683.

L'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel estime cependant que pour assurer la protection des droits fondamentaux il n'est pas utile d'intégrer la Convention «au sein du bloc de constitutionnalité» (56). Il est vrai qu'indépendamment de ce texte, le juge constitutionnel garantit l'égalité entre les parties au procès.

b) L'égalité entre les parties au procès

Cette égalité est assurée sur la base de deux fondements : l'égalité des citoyens devant la justice et le respect des droits de la défense.

Ainsi dans sa décision des 19-20 janvier 1981 *Sécurité et Liberté,* le juge constitutionnel considère que le principe d'égalité devant la justice est violé lorsque le législateur permet à une partie civile, déjà constituée en première instance de présenter des demandes nouvelles en cause d'appel, ou autorise une partie civile à se constituer pour la première fois en appel. Le Conseil fait observer que «selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils» (57). La rupture d'égalité ainsi sanctionnée se situait à deux niveaux différents : d'abord évidemment entre le prévenu et la partie civile, mais également entre les parties civiles elles-mêmes.

Le principe d'égalité devant la justice connaît cependant des limites. En effet, le législateur dispose de la faculté de «prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense» (58). À des situations différentes, il peut donc être appliqué des règles différentes, à la double condition que ces différences soient appréciées de façon objective et que l'égalité entre justiciables soit respectée. En effet, si «les juridictions appelées à juger des infractions de même nature doivent obéir aux mêmes règles de composition» (59), c'est fort logiquement que le principe d'égalité n'est pas méconnu lorsque la loi institue une Cour d'assises composée uniquement de magistrats pour juger exclusivement des actes de terrorisme (60). Mais la dérogation doit rester exceptionnelle et justifiée par la nature des infractions soumises à cette Cour.

L'examen de cette jurisprudence permet d'affirmer que le Conseil constitutionnel exige une complète égalité entre les parties lors de la phase du jugement du procès mais se contente d'une «équivalence de garanties» ou d'une égalité moins stricte entre justiciables pendant la phase d'instruction. Le Conseil exige également le respect des droits de la défense.

Afin d'assurer aux justiciables des garanties égales les droits de la défense doivent être protégés. Ils s'exercent à travers le respect du principe du contradictoire et le droit à l'assistance d'un défenseur.

Depuis la décision du Conseil du 29 décembre 1989, il ne fait aucun doute que le principe du contradictoire a valeur constitutionnelle (61). Le juge le distingue

(56) Genevois (B.), *op. cit.*, p. 682.
(57) Décision 81-127 DC des 19-20 janvier 1981, Loi *Sécurité et Liberté*, *Rec.* p. 15, consid. 71.
(58) Décision 86-213 DC des 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *Rec.* p. 122, consid. 13 ; Décision 86-215 DC des 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, *Rec.* p. 130, consid. 18.
(59) Décision 75-56 DC du 23 juillet 1975, Juge unique, *Rec.* p. 24.
(60) Décision 86-213 DC, précitée.
(61) Décision 89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, *Rec.* p. 110, consid. 58.

des droits de la défense et reconnaît son existence propre tant en matière pénale (62), que disciplinaire (63), fiscale (64), administrative (65) ou sociale (66). Les personnes morales comme les personnes physiques peuvent en bénéficier. Cependant le Conseil n'a pas défini explicitement le contenu du principe du contradictoire. Dans la décision C.S.A. du 17 janvier 1989, il considère qu'aucune sanction ne peut être infligée sans que l'intéressé «ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant» et ne censure pas les dispositions légales contestées après avoir constaté que «le législateur a prescrit le respect d'une procédure contradictoire» (67). Le droit à l'information et le droit à être entendu seraient les deux piliers du principe du contradictoire, lui-même corollaire des droits de la défense. Cette jurisprudence est révélatrice de la volonté du juge constitutionnel de garantir le respect des droits de la défense, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (68), et d'en tirer toutes les conséquences. Dès lors, est astreint à respecter le principe du contradictoire en cas de perquisition «l'administration fiscale ou le ministère public [qui] entendrait se prévaloir du résultat de ces investigations» (69).

Ainsi, le Conseil assure l'égalité entre justiciables bien qu'il ne vise pas expressément l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de l'égalité des armes.

B) LES RÉTICENCES DE LA COUR DE CASSATION À LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE

Force est de constater que les tribunaux judiciaires ne réservent pas un accueil très chaleureux au principe de l'égalité des armes. Seule la chambre criminelle a reçu favorablement le principe tandis que les autres formations de la Cour de cassation ne l'ont jamais appliqué. Par conséquent, il s'agit d'une part, de s'interroger sur les causes de l'absence de reconnaissance du principe et d'autre part, d'examiner la jurisprudence dans laquelle la violation du principe de l'égalité des armes a été affirmée.

a) Les causes de l'absence de reconnaissance

À titre préliminaire et comme première raison à la faible application du principe, il faut noter que celui-ci est peu invoqué et probablement méconnu des avocats. Mais cette raison n'est pas la seule, et la Chambre criminelle fait souvent preuve d'indifférence à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme ou bien déclare le droit interne conforme à celle-ci.

Ainsi, la Cour de cassation estime qu'est irrecevable, comme mélangé de fait et de droit, le moyen proposé par un prévenu qui allègue, pour la première fois devant elle, une violation du principe de l'égalité des armes. Ce faisant, elle n'a pas voulu permettre au justiciable d'invoquer utilement devant elle l'article 6 de la Convention européenne (70). Le principe de l'égalité des armes ne doit pas aboutir à

(62) Décision 84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, *Rec.* p. 94, consid. 35.
(63) Décision 84-182 DC du 18 janvier 1985, Loi relative aux administrations judiciaires, *Rec.* p. 27, consid. 8.
(64) Décision 89-268 DC, précitée.
(65) Décision 89-248 DC. Loi relative à la liberté de communication, *Rec.* p. 110, consid. 29.
(66) Décision 77-92 DC. Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, *Rec.* p. 21.
(67) Décision 89-248 DC, précitée.
(68) Décision 89-260 DC, précitée, consid. 43.
(69) Décision 84-184 DC, précitée, consid. 52.
(70) Chambre criminelle, 19 novembre 1987, Jean Delory, *Bull. criminel* 1987, n° 420, p. 1104.

remettre en cause les faits, circonstances et éléments de preuve déjà débattus contradictoirement et appréciés de façon souveraine par les juges de la Cour d'appel (71). La Chambre criminelle ne cache pas son irritation lorsqu'elle répond que «sous le couvert d'une prétendue violation de la Convention européenne des droits de l'homme [le moyen qui] se borne à contester des éléments de fait sur lesquels les juges du fond se sont souverainement prononcés et qui tente d'instituer la Cour de cassation en troisième degré de juridiction ne saurait être accueilli» (72).

Par ailleurs, bien souvent, la Cour de cassation rejette le principe de l'égalité des armes non pas seulement parce qu'elle est indifférente aux dispositions de la Convention européenne, mais aussi parce que généralement et heureusement elle déclare le droit interne conforme à la Convention. Ainsi le fait pour un jury d'être disposé aux côtés de l'avocat général ne rompt pas l'égalité des armes entre l'accusation et la défense si la disposition des lieux ne permet pas aux jurés de siéger aux côtés de la Cour dès lors que ceux-ci se sont placés dans l'ordre désigné par le sort, sur des sièges séparés du public, des parties et des témoins, en face de l'accusé conformément à l'article 303 du Code de procédure pénale lequel n'est pas jugé contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (73). Pareillement, le caractère équitable du procès en diffamation est assuré par les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 (74). En matière d'extradition, l'article 14 de la loi du 10 mars 1927 institue devant la Chambre d'accusation une procédure orale. Il a alors été soutenu que le principe de l'égalité des armes était méconnu. D'une part, l'absence de réquisitions écrites du procureur général ne permettrait pas à la défense de se préparer pour y répondre, d'autre part, les réquisitions orales du Parquet ne sauraient être valablement contredites par la défense le jour de l'audience. La Chambre criminelle assimile l'égalité des armes au respect du principe du contradictoire et répond que «l'absence de réquisitoire écrit du procureur général n'entache pas la validité de la décision dès lors que le débat s'est déroulé contradictoirement à l'audience publique, conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme» (75).

La Cour de cassation rejette donc très souvent le moyen fondé sur la rupture de l'égalité des armes. Cependant, les tribunaux judiciaires ont reconnu l'existence en tant que tel du principe dans de très rares occasions, et sanctionné sa violation.

b) La violation du principe de l'égalité des armes

Deux arrêts de Cours d'appel ont déclaré que «*le* droit à un procès équitable proclamé par l'article 6 § 1 de la Convention susvisée comporte en application du principe de l'égalité des armes qui en découle, la possibilité raisonnable pour chacun des antagonistes au procès d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse» (76). De manière moins explicite, la Chambre criminelle a reconnu l'existence du principe dans une décision du 24 janvier 1989 (77). Il s'agit donc d'examiner quel est le champ d'application de l'égalité des armes, et quels sont les effets de ce principe.

(71) Chambre criminelle, 9 décembre 1991, B..., 90-83.438, inédit au *Bulletin*.
(72) Chambre criminelle, 26 mars 1990, Société CGH, 89-84.322, inédit au *Bulletin*.
(73) Chambre criminelle, 18 décembre 1991, F..., 91-85.965, inédit au *Bulletin*.
(74) Chambre criminelle, 22 mai 1990, X..., *Bull. Crim.*, 1990, n° 212, p. 536.
(75) Chambre criminelle, 24 juillet 1990, Thomas Quinn, 90-82.869, inédit au *Bulletin*.
(76) Chambre d'accusation de Toulouse, 5 janvier 1982, D..., *J.C.P.* 1982, Jurispr., 19.899-19.900, note P. Chambon ; Cour d'Appel de Saint-Denis de la Réunion, 23 décembre 1982, V. c/ Delle Elma, *Gaz. Pal.*, 1984-2 Jurispr. 468, note J.-P. Doucet.
(77) Chambre criminelle, 24 janvier 1989, Chane-Ki-Chune, Bénard et Ayan, 87-90.461, inédit au *Bulletin*.

Le champ d'application de l'égalité des armes est singulièrement restreint par la jurisprudence de la Chambre criminelle. Celle-ci considère en effet que les dispositions des articles 6 § 1 et 3, *d* de la Convention européenne des droits de l'homme ne concernent que les juridictions de jugement (tribunal de police, tribunal correctionnel, Cour d'assises) devant lesquelles «les droits des demandeurs demeurent entiers» (78). Elles ne s'appliquent donc pas aux juridictions d'instruction telles que le juge d'instruction et la chambre d'accusation. Il est, à cet égard, piquant de relever que c'est une chambre d'accusation qui reconnaît l'égalité des armes et incite la Chambre criminelle à faire de même. L'examen de la jurisprudence permet d'observer que le respect de l'égalité des armes a été exigé afin de permettre à l'accusé ou au prévenu de présenter tous les documents utiles à sa défense et d'auditionner les témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

S'agissant des effets du principe, il apparaît que la violation de celui-ci peut entraîner l'annulation de la décision contestée. Ainsi, dans une affaire la directrice de publication d'un périodique réunionnais avait été condamnée pour diffamation par le Tribunal correctionnel de Saint-Denis. Dans son numéro de mars-avril 1982, elle avait publié la photographie d'un homme politique, accompagnée du commentaire suivant : «Le 25 mai 1946, il n'a pas hésité à assassiner d'une balle de revolver Alexis de Villeneuve». Or l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prohibait le rappel d'agissements amnistiés ou vieux de plus de 10 ans. Il était alors difficile pour la journaliste de prouver la véracité de ces affirmations tout en respectant cette disposition légale.

La Cour d'appel a donc décidé, conformément à l'article 55 de la Constitution de faire prévaloir le traité régulièrement ratifié, c'est-à-dire la Convention européenne des droits de l'homme, sur la loi française contraire. Le principe de l'égalité des armes permet de ne pas déclarer irrecevables les offres de preuve du défenseur autorisant au contraire celui-ci à faire état de faits commis par une autre personne ayant fait l'objet d'une condamnation et bénéficiant de l'amnistie. Ainsi le déséquilibre institué par la loi est-il compensé au profit des droits de la défense (79). Pour les professeurs Merle et Vitu «la suppression de tout document concernant une condamnation amnistiée... est inconciliable avec la bonne administration de la justice criminelle, qui exige que les juges soient informés aussi exactement que possible sur les antécédents des justiciables» (80). Cette opinion ne fait cependant pas l'unanimité dans la doctrine, certains auteurs (81) estimant, à l'opposé, que l'amnistie doit être générale et absolue sans qu'il y ait à distinguer parmi les bénéficiaires selon l'adage «*Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere*». Pour ces auteurs, c'est en étendant les droits de la défense au-delà du cadre légal que l'égalité des armes a été bafouée. Malgré ces divergences doctrinales, il n'en reste pas moins que la possibilité donnée par les tribunaux à l'inculpé de faire état de faits amnistiés accomplis par la victime, consiste à pouvoir verser tout document aux débats et à faire déposer tout témoin en faveur de la défense. C'est précisément en matière d'audition de témoins que la Chambre criminelle semble avoir reconnu le principe de l'égalité des armes. Condamnés pour diffamation par la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, les journalistes concernés se sont pourvus en cassation estimant notamment que le principe de l'égalité des armes imposait en l'espèce le recours à l'article 439 du Code de procédure pénale (concernant la réqui-

(78) Chambre criminelle, 25 juin 1991, B..., 90-87.515, inédit au *Bulletin*.
(79) Cour d'Appel de Saint-Denis de la Réunion, 23 décembre 1982, V. c/ Delle Elma, *précité*.
Pour une affaire similaire, voir aussi : Chambre d'accusation de Toulouse, 5 janvier 1982, D..., précité.
(80) Merle (R.) et Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, Cujas, 3e éd., n° 1612.
(81) Chambon (P.), note précitée.

sition forcée de témoins), la défense n'ayant pu obtenir devant les premiers juges l'interrogation effective des témoins à décharge dans la même proportion et les mêmes conditions que les témoins à charge. Or la Cour d'appel avait refusé de faire comparaître les témoins défaillants favorables à la défense, en énonçant que le recours à l'usage de moyens coercitifs relevait de son appréciation souveraine.

La Chambre criminelle répond que «la Cour d'appel, qui ne pouvait sans contradiction d'une part, dire que la preuve de la véracité des faits diffamatoires n'était pas rapportée et, d'autre part, refuser la comparution forcée de témoins cités pour établir cette preuve, a, en statuant comme elle l'a fait, méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé» (82). Par conséquent, elle casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel. Cependant, dans cet arrêt, la Cour de cassation sanctionne probablement plus la contradiction de motifs de la Cour d'appel qu'elle ne consacre le principe de l'égalité des armes. C'est incidemment, sans le citer expressément et en y faisant seulement référence qu'elle reconnaît la validité du moyen fondé sur ce principe. C'est en l'état actuel de la jurisprudence, la seule affaire dans laquelle la Chambre criminelle ait accepté de reconnaître la violation de l'égalité des armes.

C) LA NON-APPLICATION DU PRINCIPE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Depuis l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989, le Conseil d'État a admis que les traités internationaux prévalent sur les lois nationales contraires même postérieures à ceux-ci. La Convention européenne des droits de l'homme est donc directement applicable dans le droit interne français. Mais quant au champ d'application de l'article 6 § 1, la jurisprudence de la haute juridiction administrative est assez restrictive. C'est ainsi que les poursuites disciplinaires devant les juridictions ordinales ou devant les organismes disciplinaires non juridictionnels, ainsi que le contentieux en matière fiscale, électorale ou de fonction publique et certaines mesures de police, échappent à l'application de l'article 6 § 1. Le Conseil d'État ne garantit pas de manière expresse le respect de l'égalité des armes dont il ignore la formulation même.

Certes, il assure l'égalité des parties au cours du procès administratif par le respect du principe du contradictoire, pourtant l'inégalité des armes dans certaines situations semble avérée.

a) L'égalité des parties par le respect du contradictoire

La procédure administrative contentieuse est originellement inégalitaire. Généralement, l'administré est dans une situation d'infériorité par rapport à l'administration. Celle-ci dispose, en effet, de privilèges juridiques, de prérogatives de puissance publique exorbitantes du droit commun qu'elle exerce à des fins d'intérêt général et contre lesquelles l'administré se trouve démuni, dans la position inconfortable de défenseur de l'intérêt privé. Avant même le litige, il ignore les actes qui ont été édictés et les conditions dans lesquelles ils ont été élaborés. Cependant, le Conseil d'État a tenté de rétablir l'égalité entre les parties par le respect du contradictoire. La Haute juridiction distingue ce principe des droits de la défense et lui reconnaît une existence propre depuis un arrêt célèbre de 1961 *Société La Huta* (83) : il s'agit d'un «principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire». C'est un principe général du droit applicable même sans texte le prévoyant. Il consiste en un droit à

(82) Chambre criminelle, 24 janvier 1989, Chane-Ki-Chune, Bénard et Ayan, précité.
(83) CE, 12 mai 1961, *Société La Huta, Lebon*, p. 313.

l'information quant à l'existence et au déroulement de l'instance. Ainsi a été jugé qu'«aucun document ne saurait être soumis au juge sans que les parties aient été à même d'en prendre connaissance» (84). De même, les mesures d'instruction prononcées par le juge et leurs résultats doivent être communiqués aux parties. Le principe du contradictoire a pour implication le droit d'avoir accès à tous les documents et pièces versés au dossier. C'est encore aussi le droit de fournir tous documents et de présenter toutes les observations nécessaires à la défense. Mais sauf le cas dans lequel un texte fixe un délai, le juge administratif peut dans l'intérêt de la bonne administration de la justice fixer des délais aux parties pour répondre aux documents communiqués. Enfin, le principe du contradictoire permet aux parties dans une certaine mesure de présenter ou faire présenter à l'audience des observations orales à l'appui de leurs observations écrites.

Le contradictoire est donc la garantie d'une procédure équitable (85). Or il est des aspects du procès administratif dans lesquels l'égalité des armes semble méconnue.

b) L'inégalité des armes dans le procès administratif

À titre «historique» il peut être rappelé qu'avant la jurisprudence *GISTI* du 29 juin 1990 (86), le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères des questions relatives à l'interprétation des conventions internationales apparaissait peu conforme à l'égalité des armes. En effet, l'interprétation ministérielle n'étant pas contestable, les parties ne se trouvaient pas en position égale lorsque l'État était engagé dans l'instance puisque c'est l'un de ses organes qui donnait au juge la solution du litige sans que soit organisé un débat contradictoire. Mais, depuis l'arrêt *GISTI*, qui vise d'ailleurs la Convention européenne des droits de l'homme, le juge administratif tranche le litige à partir de sa propre interprétation. Cependant, dans certains domaines, le déséquilibre entre les parties persiste. Les mesures d'instruction prononcées par le juge administratif ont été l'objet d'une question débattue devant la Cour européenne (87). Le fait de ne pas avoir ordonné une expertise médicale ne porte pas atteinte au droit du requérant à un procès équitable dès lors que dans les circonstances de l'espèce, le Conseil d'État pouvait s'estimer «raisonnablement» ou «suffisamment» informé sur l'existence du lien de causalité entre la faute médicale et le préjudice invoqué. Cependant des opinions dissidentes ont été émises selon lesquelles «il s'avère inéquitable et même illogique d'avoir refusé au requérant une expertise, seul moyen de prouver le lien de cause à effet et d'avoir rejeté sa demande au motif précisément qu'il n'établissait pas ce rapport de causalité». Il a même été précisé que «le juge national ne saurait omettre toute mesure dont l'absence placerait l'intéressé dans une position désavantageuse par rapport à la partie adverse et romprait ainsi l'équilibre devant régner en matière d'administration des preuves» (88).

Le principe du contradictoire connaît une limite importante lorsque le juge relève d'office les moyens d'ordre public qui n'ont pas été invoqués par les parties. Selon le Conseil d'État, l'obligation qu'a le juge d'agir ainsi justifie la dérogation au

(84) CE, 20 janvier 1933, *Cie générale des papiers*, *Lebon*, p. 84.
(85) Gohin (O.), «La contradiction dans la procédure administrative contentieuse», *LGDJ*, 1988, p. 61-63.
(86) CE, Ass., 29 juin 1990, GISTI, *RFDA*, 1990, n° 5, p. 923, note J.-F. Lachaume.
(87) Cour Eur. D. H., arrêt H. c/ France du 24 octobre 1989.
RFDA, 1990, n° 2,p. 203, note O. Dugrip et F. Sudre ; *LPA*, 18 décembre 1989, n° 151, p. 13, note J.-F. Flauss.
(88) Cour Eur. D. H., arrêt H. c/ France du 24 octobre 1989, précité. Voir opinion dissidente des juges Mac Donald et Carrillo Saleedo.

principe de la contradiction (89). S'il s'agissait d'une simple faculté, les risques d'arbitraire et de rupture de «l'égalité des citoyens devant la justice» (90) seraient injustifiables mais puisqu'il s'agit d'une obligation qui peut indifféremment affecter le demandeur comme le défendeur, l'équilibre des parties n'est pas rompu. Le principe d'égalité devant la justice ne peut exclure celui du contradictoire et l'on peut douter que cette jurisprudence ait un grand avenir, surtout après l'important décret du 22 janvier 1992, portant dispositions diverses relatives à la procédure contentieuse (91). Celui-ci prévoit, en effet, que devant le Conseil d'État, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, le président de la formation de jugement «...lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office (...) en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations». L'intervention du commissaire du gouvernement ne sera donc plus de nature à surprendre les parties. Celles-ci ne disposaient auparavant que de la possibilité d'adresser des «notes en délibéré» au juge administratif lorsque le commissaire du gouvernement avait soulevé d'office certains moyens. Cette pratique, qui n'a pas été officialisée comme en procédure civile, constitue une atteinte au principe du contradictoire dans la mesure où la note n'a pas a être communiquée aux autres parties. Toutefois, il faut souligner que ce décret ne s'applique ni à la commission d'admission des pourvois en cassation, ni aux juridictions spéciales. De plus, les cas dans lesquels il est jugé sans instruction ou par ordonnance de rejet pour irrecevabilité manifeste ne sont également pas concernés par ce nouveau texte réglementaire. Il faut cependant reconnaître que l'objet du décret du 22 janvier 1992 est bien de renforcer le caractère équitable du procès administratif.

Le principe de l'égalité des armes semble également méconnu par la règle dite du désistement d'office qui consiste à considérer que si le requérant n'a pas produit le mémoire complémentaire annoncé avant l'expiration du délai préfixé par le décret du 16 janvier 1981, celui-ci est réputé s'être désisté sans mise en demeure préalable devant le Conseil d'État. Cette règle risque de sanctionner surtout l'administré lorsque l'affaire nécessite du fait de sa complexité un mémoire complémentaire long et difficile à rédiger.

L'existence de telles règles procédurales incite à penser qu'il est temps de renforcer le principe du contradictoire et d'organiser une véritable «égalité de traitement entre personnes publiques et personnes privées» (92).

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il est clair que le principe de l'égalité des armes tel qu'il est défini par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est accueilli avec réticence par les juridictions françaises. Pourtant, il paraît vraisemblable que l'autorité de la chose interprétée par les juges de Strasbourg s'imposera tôt ou tard aux autorités nationales. Cela aura pour double effet d'étendre considérablement le champ d'application du principe, et de modifier les règles de procédure interne. L'une des premières manifestations de ce phénomène peut être observée au travers de la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, qui transforme le rôle du président de la juridiction de jugement en celui de simple arbitre des débats et en garant du bon fonctionnement de l'audience.

(89) CE, 21 octobre 1981, Bienvenu, *Lebon*, p. 383 ; CE, 20 janvier 1988, Brunaud, *RDP*, 1988, p. 1168.
(90) CE, Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, *Lebon*, p. 370, *J.C.P.*. 1980.II.19288, concl. M. Franc.
(91) Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992, *J.O.*, 24 janvier 1992, p. 1180.
(92) Viala (A.), «Pour un code de procédure administrative», *LPA*, 20 février 1987, n° 22, p. 29.

Incontestablement, cette loi amène plus d'égalité entre les parties. Ainsi, le président du tribunal n'interroge plus, sauf exceptions, l'accusé, le prévenu et les témoins. Ceux-ci doivent être entendus en dernier lieu par la défense, sauf lorsqu'ils sont cités par elle. De même, en garantissant le respect des droits de la défense dès la mise en examen, le législateur semble vouloir appliquer l'égalité des armes aux juridictions d'instruction, plaçant ainsi la procédure pénale française en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne.

SOUVERAINETÉ DES ÉTATS ET ENTREPRISES SUPRANATIONALES

Par

Patrice COLLAS
Docteur d'État en Science Politique
Professeur certifié en Sciences économiques et sociales - Faculté de Droit de Nantes

SOMMAIRE

Introduction

I - Les différentes approches et facettes du concept
A - Une appréhension dans une optique interne ou externe
1) La perspective interne
2) La perspective externe
B - L'indivisibilité : un problème insoluble mais contourné
C - Une définition formelle et absolue plutôt que matérielle et relative
1) Un contenu qu'il est impossible et inutile d'identifier
2) Un pouvoir essentiellement original
3) Ce qui importe, c'est le principe

II - Souveraineté et adhésion à une organisation internationale
A - Les conditions de préservation de la souveraineté
1) Le caractère volontaire et réversible de la limitation
2) L'exercice en commun de compétences
3) Transferts de compétences et exercice du pouvoir constituant
B - Les pouvoirs normatifs des organisations internationales
1) Les termes du problème
2) Les garde-fous envisagés

Au cours des dernières années, *l'influence des organisations internationales*, qu'elles soient mondiales ou seulement régionales, a, selon toute apparence, crû de façon drastique. Cette évolution, qui a commencé avant même que ne se dessine, vers 1989-1990, ce que d'aucuns ont appelé "le nouvel ordre mondial", est si manifeste à l'heure actuelle, qu'il est parfaitement fondé de se demander si ces institutions ne sont pas en train de devenir des réalités supranationales ; l'essentiel du passage de l'"internationalité" à la "supranationalité" consistant dans une remise en cause de la souveraineté des États.

Depuis longtemps déjà le Fond Monétaire International (F.M.I.) n'accorde son assistance financière aux pays qui la sollicitent, que moyennant la mise en

œuvre, par ceux-ci, d'un programme économique, monétaire et budgétaire, "de rigueur", concocté par lui ; ce qui constitue incontestablement une ingérence (certes acceptée) dans les affaires de ces États. C'est sur la base de la résolution 678 de l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), que s'est déroulée, au cours de l'hiver 1991, l'une des plus grandes, si ce n'est la plus grande (par les effectifs engagés, les moyens employés et le nombre des pays impliqués), entreprises militaires depuis la seconde guerre mondiale, en l'occurrence le conflit du Golfe. L'O.N.U., dont la mission initiale consiste dans "le maintien de la paix et de la sécurité internationale", intervient à présent dans la résolution des différends armés, intérieurs aux États. C'est ainsi que, par sa résolution 688, elle a condamné la répression exercée par le régime de Saddam Hussein contre la minorité Kurde résidant en Irak. Dans l'affaire cambodgienne, les différents mouvements autochtones ont mis au point une esquisse de solution à leur conflit, sous l'égide de l'O.N.U. Et cette organisation s'emploie à mettre en œuvre la solution ainsi retenue, en recourant, si nécessaire, à la violence armée contre tous ceux qui y seraient rebelles. Son personnel civil et militaire est présent en nombre sur le terrain. Ce ne sont là que quelques exemples du récent activisme onusien.

Dans ce contexte ont été formulés d'abord *un "droit" puis un "devoir d'ingérence"*. Ce concept n'a qu'une mince base juridique car il se fonde uniquement sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 2 décembre 1988, appelant les États membres à laisser s'exercer sur leurs sols respectifs l'aide humanitaire internationale. Le raisonnement de ceux qui l'invoquent est relativement simple. Lorsque, dans un pays quelconque, des individus, des minorités, voire l'ensemble de la population, sont victimes de "persécutions" de la part du gouvernement de cet État ou d'autres forces, on (c'est-à-dire la "communauté internationale", les différents États de leur propre initiative, les organisations non gouvernementales, voire les particuliers) est tenu d'intervenir à l'intérieur de ce pays, afin de secourir les victimes et de mettre fin à leur tourment, si nécessaire en recourant à la violence contre les agresseurs, de la même façon qu'un particulier qui serait témoin des mauvais traitements que son voisin fait subir à sa femme et à ses enfants, commettrait le délit de non-assistance à personne en danger, s'il ne tentait pas de s'interposer de façon directe ou indirecte.

Le devoir d'ingérence repose sur l'idée que les droits de l'homme (conçus de façon individuelle aussi bien que collective) doivent prendre le pas sur les droits des États. Les défenseurs de ce point de vue arguent que l'humanité consiste essentiellement en une communauté interindividuelle, qui ne se présente qu'accessoirement comme une société d'États. Pour eux, les États ne sont que des corps intermédiaires entre les particuliers et la communauté mondiale ; ils n'ont donc qu'une valeur relative.

Le 3 décembre 1992, l'Organisation des Nations Unies a innové en rompant avec le vieux principe du refus de toute immixtion dans les affaires intérieures d'un État, de la part d'un autre État ou d'une organisation internationale -une règle longtemps coutumière, qui est devenue conventionnelle dans le cadre du Pacte de la S.D.N. (article 15, § 8) et de la Charte des N.U. (article 2, § 7) (1). En adoptant à l'unanimité la résolution 794, les 15 membres du Conseil de sécurité ont usé pour la première fois d'un droit ou devoir d'ingérence humanitaire, qui n'est encore codifié nulle part. À travers cette résolution, l'ONU a entendu donner un cadre légal à une intervention militaire, principalement américaine, en Somalie, décidée, sans consultation des autorités politiques de ce pays, en vertu du chapitre VII de la Charte

(1) Cf. Louis Delbez : "Les principes généraux du Droit International Public", Tome 1, LGDJ, 1964, p. 81.

des Nations Unies, lequel n'écarte pas une telle action lorsque la paix ainsi que la stabilité sont menacées.

Le non respect de la souveraineté des États, inhérent au droit d'ingérence humanitaire, quelque puissent être la pertinence et le bien-fondé des arguments en faveur de ce droit, n'est pas sans présenter des risques. En remettant en question les principes de la liberté et de l'égalité au moins juridiques des États, il sape les bases mêmes de l'ordre international. Il est évidemment tentant, pour un État puissant, d'attribuer à sa philosophie politique, sa religion, ses intérêts économiques, etc., une valeur universelle, donc supranationale, pour donner un fondement moral, si ce n'est juridique, à son intervention dans la sphère de compétences d'autres États qui refuseraient de les faire leurs, que ce soit directement ou sous le couvert d'une organisation internationale. La subdivision de la communauté mondiale en États souverains constitue tout de même un frein au moins juridique aux entreprises hégémoniques planétaires des nations les plus fortes, à la négation des idéologies, des cultures, des intérêts, etc. minoritaires, ainsi qu'à la cristallisation de "rapports de classes" mondiaux.

La question du sort de la souveraineté des États se pose également à propos de la construction européenne. Dans sa décision n° 92-308 du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel français, pour la première fois de son existence, avait déclaré "contraires à la Constitution" des dispositions contenues dans un traité, en l'occurrence le "Traité sur l'Union européenne", plus connu sous le nom de "Traité de Maastricht". Sans qu'il soit indispensable pour cela de passer en revue les éléments de contradiction retenus par le Conseil constitutionnel (2), il est possible d'avancer, sans se livrer pour autant à une interprétation abusive des moyens soulevés par cette juridiction dans sa décision, qu'elle reprochait aux articles qu'elle avait déclarés inconstitutionnels, de porter atteinte au principe de la souveraineté nationale.

En ce qui concerne l'attitude du Conseil constitutionnel dans cette affaire, il est toutefois utile de signaler que l'objet de ses préoccupations n'était pas une possible mise en cause de la souveraineté nationale en elle-même, mais l'existence de contrariétés entre le contenu du Traité de Maastricht et celui de la Constitution, relativement à cette question de souveraineté nationale. Et après l'introduction dans la Constitution, par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, d'un nouvel article 88-2, dont les dispositions, selon le Conseil constitutionnel, ont eu "pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel à l'intégration de la France au sein de l'union économique et monétaire instituée par le traité" (3), la Haute juridiction n'a plus rien eu à objecter à la ratification de ce document, bien que son contenu n'ait été en rien modifié.

Au cours du débat parlementaire que le vote, par les deux chambres, de la loi de révision de la Constitution a occasionné au printemps 1992, et pendant la campagne électorale qui a précédé le référendum du 20 septembre 1992, relatif à l'autorisation de ratifier le Traité de Maastricht, aussi bien que dans les motivations exprimées, à la sortie des urnes, par les participants à cette consultation, il est apparu que le principal grief que les gens hostiles au Traité de Maastricht faisaient à cet acte, était qu'il implique une perte de souveraineté pour la France (4). Ce qui

(2) Certains ont estimé que le Conseil constitutionnel, ainsi qu'il l'avait déjà fait à plusieurs reprises dans des décisions antérieures, a porté son attention sur des composantes, certes centrales, mais néanmoins ponctuelles, du document soumis à son examen, pour ne pas avoir à en censurer l'essentiel, et ne pas compromettre ainsi la construction européenne.

(3) "Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 - Traité sur l'Union européenne", 35e considérant, dans : "Journal Officiel de la République Française", du 3 septembre 1992, p. 12097.

(4) Dans le sondage "sortie des urnes" réalisé par l'institut BVA pour Libération et France 2, on constate que la crainte d'une perte de souveraineté pour la France a été le motif cité le plus

ressort également de toute cette controverse, c'est le flou et l'indétermination qui s'attachent au concept de souveraineté nationale, en dépit de son statut d'acquis de la philosophie des lumières, d'héritage de la révolution française et d'un des principaux ingrédients du droit constitutionnel classique. On a souvent l'impression qu'il s'agit d'une auberge espagnole, où chacun ne trouve que ce qu'il y apporte, tant son contenu peut varier d'un auteur ou d'un orateur à l'autre.

Il n'est donc pas inutile et inopportun de s'employer à circonscrire cette notion de souveraineté nationale, et à préciser les conditions auxquelles elle peut être préservée et les circonstances où, au contraire, elle risque de disparaître, dans une entreprise telle que la construction européenne.

I - LES DIFFÉRENTES APPROCHES ET FACETTES DU CONCEPT (5)

A - UNE APPRÉHENSION DANS UNE OPTIQUE INTERNE OU EXTERNE

Dans les différents textes français à valeur constitutionnelle -la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958- la notion de souveraineté est employée dans deux perspectives distinctes, l'une interne et l'autre externe.

1) La perspective interne

Quand l'article 3 de la D.D.H.C. de 1789 énonce : "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément", cela signifie que le pouvoir politique suprême n'est pas, n'est plus l'attribut exclusif d'un homme : le monarque, ou d'une fraction de la société : l'aristocratie, mais qu'il appartient désormais et en dernière instance à une entité abstraite : la nation. Il n'en résulte pas nécessairement que l'exercice concret, au jour le jour, de ce pouvoir ne puisse pas être confié à un individu -dans cette hypothèse, il n'est pas exclu qu'il s'agisse d'un roi (6)- ou à un groupe ; mais dans ce cas ces derniers exercent leur autorité en qualité de représentants et de mandataires de la nation.

Les idées exposées ci-dessus sont reprises dans l'article 3 de la Constitution de 1958, en des termes cependant plus précis et pratiques : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" (alinéa 1). "Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice" (alinéa 2). Ce deuxième alinéa n'est pas sans rappeler la seconde phrase de l'article 3 de la D.D.H.C.. Il signifie que personne ne peut exercer la souveraineté nationale de sa propre initiative. Nous y retrouvons donc l'idée de mandat.

---

fréquemment par les citoyens qui ont voté "non" au référendum. Ils ont été 57 % à exprimer cette préoccupation. Cf. le quotidien "Libération", du mardi 22 septembre 1992, p. 5.

(5) Dans notre esprit, il n'existe pas de différence essentielle entre la souveraineté de l'État et celle de la nation. Celle-là n'est que l'institutionnalisation de celle-ci. Étant donné que la nation, au sens juridique (≠ sociologique), n'est qu'une entité parfaitement abstraite, qui n'acquiert de matérialité qu'à travers l'État, la souveraineté nationale s'identifie en pratique à la souveraineté de l'État. Ce n'est pas un hasard si ce que l'on appelle "les relations internationales" ne sont que les relations entre les États.

(6) Ainsi l'article 2 de la Constitution du 3 septembre 1791, laquelle fait suite à la D.D.H.C. de 1789, stipule : "La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. - La Constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le roi".

La formule de 1958 contient toutefois un élément supplémentaire, celui d'appartenance de la souveraineté nationale au peuple. Cette dernière notion fait-elle ipso facto de la souveraineté nationale une souveraineté populaire ? L'exercice de la souveraineté par le peuple lui-même, de façon médiate, à travers ses représentants, et directement, par le recours au référendum, pourrait le laisser penser. Mais cette conclusion serait erronée. En effet, les autres dispositions contenues dans la Constitution, notamment, celles de l'article 27-1, établissant que "tout mandat impératif est nul" ou encore celles relatives à l'initiative référendaire, donnent à la France un régime représentatif, lequel est indissociable de la notion de *souveraineté nationale*. Conformément à la logique inhérente à cette notion, on est demeuré attaché, jusqu'à présent dans ce pays, aux idées d'unité et d'unicité du corps électoral. Et le Conseil constitutionnel a estimé, notamment dans sa décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 (Recueil p. 66), plus connue sous le nom de décision "quota par sexe", que les principes à valeur constitutionnelle énoncés tant à l'article 3 de la Constitution de 1958 qu'à l'article 6 de la déclaration de 1789 (lequel établit, e. a., l'égale admissibilité de tous les citoyens à toutes dignités, places et emplois publics), "s'opposaient à toute division par catégorie des électeurs ou des éligibles". Par conséquent, après 1958 de la même façon que depuis 1789, le siège de la souveraineté est resté cet être mythique, conçu comme étant parfaitement homogène et indivisible, à savoir la nation, et non la réalité complexe et différenciée qu'est le peuple effectif.

Dans l'article 3-1 de la Constitution de 1958, le substantif "le peuple" n'est pas suivi du qualificatif "français". Il n'est donc pas employé dans son acception nationaliste -au sens où le peuple français se distingue des autres peuples : anglais, allemand, italien, etc.- il est utilisé dans sa version sociologique -au sens où le peuple (tout court) se différencie des classes privilégiées-. Depuis que les ordres (de l'Ancien Régime) ont disparu en France, le terme "peuple" y recouvre juridiquement l'ensemble de la population.

Il va de soi que jusqu'à présent nous avons employé la notion de souveraineté dans *une perspective interne*. Il n'est pas sans intérêt d'interpréter l'alinéa 4 de l'article 3 de notre Constitution, en conservant cette perspective. La formule selon laquelle : "sont électeurs, ..., tous les nationaux français majeurs des deux sexes, ..." est généralement comprise dans le sens que seuls les nationaux français ont le droit de voter, donc que l'électorat est limité à la population française ; les étrangers en étant exclus. Une autre version de cet alinéa est toutefois parfaitement concevable. En effet, d'abord il est possible d'objecter à la première interprétation que si le constituant de 1958 avait voulu borner la qualité d'électeur aux Français, il aurait employé une formule plus explicitement restrictive, du genre : "seuls sont électeurs les nationaux français". Ensuite et surtout, à la lumière de l'alinéa 1 de cet article 3, cité ci-dessus, le recours à l'adjectif "tous" dans la formule "tous les nationaux français" peut très bien signifier que la seule chose dont le constituant ait envisagé l'exclusion, ce soit qu'une partie de la société française puisse être frustrée du statut d'électeur. Comme tous les Français sont des éléments composants du peuple, et que la souveraineté nationale appartient à ce dernier, chacun d'eux a vocation à participer à l'exercice de la souveraineté par l'usage de son bulletin de vote.

2) La perspective externe

"Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix". C'est ce qu'énonce l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946. Les limitations de

souveraineté, dont il est question ici, ont lieu au bénéfice de la ou des institutions interétatiques chargées d'organiser et de défendre la paix. La notion de souveraineté est donc utilisée dans une perspective externe cette fois, c'est-à-dire au niveau des rapports entre nations.

Dans le même sens, quand l'article 4 de la Constitution de 1958, consacré aux partis et groupements politiques, stipule que ceux-ci "doivent respecter les principes de la souveraineté nationale [et de la démocratie]", cela signifie qu'il leur est interdit de se mettre au service d'une autre nation, et que les formations politiques d'obédience étrangère sont prohibées -Il n'est pas invraisemblable que le constituant ait pris cette disposition afin de fournir une base constitutionnelle à une éventuelle interdiction du PCF-.

Ces deux approches de la souveraineté nationale, la souveraineté interne et la souveraineté externe (laquelle équivaut à *l'indépendance*), ne sont en grande partie que *les deux faces d'une même réalité*. En effet, on a coutume de dire que l'indépendance d'un pays quelconque est remise en cause lorsqu'un ou d'autres pays ou encore une organisation internationale s'ingère de façon plus ou moins directe dans les affaires de ce pays et dans la vie de ses habitants. Cela implique évidemment que les autorités politiques dudit pays et la population qu'elles représentent, ne maîtrisent plus la situation intérieure, et donc que la souveraineté interne, elle-aussi, est compromise. Toutefois, ces deux souverainetés ne se recouvrent pas entièrement, dans la mesure où des atteintes à la souveraineté nationale peuvent être portées de l'intérieur même d'un pays, par une minorité quelconque, un groupement professionnel, une église, par une partie de l'armée, de la magistrature, de l'administration, par une formation politique, etc. (7).

B - L'INDIVISIBILITÉ : UN PROBLÈME INSOLUBLE MAIS CONTOURNÉ

Dans sa décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 (Recueil, p. 15), relative à la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976 instituant l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct, le Conseil constitutionnel a opéré une distinction qui a fait date, entre les "limitations" et les "transferts" de souveraineté. En se fondant sur l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946, il a estimé que, dans les conditions énoncées par cet alinéa, des limitations de souveraineté étaient constitutionnellement possibles, alors qu"'aucune disposition de nature constitutionnelle n'autoris[ait] des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit" (8).

Cette distinction entre limitations et transferts de souveraineté n'est pas convaincante du tout ? En effet, au niveau des relations internationales, affirmer que la souveraineté d'un État est limitée signifie que les autorités politiques de cet État ne contrôlent plus entièrement ce qui s'y passe et tout ce qui le concerne, et que, par conséquent, les autorités d'un autre État ou d'une organisation internationale se sont en partie substituées à elles dans l'exercice de ce contrôle, qu'elles prennent à leur

(7) Outre la distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe, il est possible de mentionner, sans qu'il soit nécessaire ici de s'y arrêter, la distinction entre souveraineté "de" l'État et souveraineté "dans" l'État. Cette seconde notion renvoie aux différents organes au sein desquels le pouvoir politique est exercé concrètement, au nom de l'État personne morale. Ils sont souvent désignés par l'expression de "pouvoirs publics" et forment la partie supérieure de l'Appareil d'État.

(8) Cf. Bruno Genevois : "La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs", Paris, 1988, p. 366.

place des décisions qui, auparavant, leur incombaient, donc qu'il y a eu effectivement transferts de souveraineté des unes aux autres (9).

Que l'on raisonne en termes de transferts ou de limitations de souveraineté, de toute façon on se heurte à un problème théoriquement insurmontable. Effectivement, pour les philosophes à l'origine de ce concept, notamment pour Jean-Jacques Rousseau, la souveraineté est indivisible par essence -de même qu'inaliénable et imprescriptible-. Il en résulte que toute cession d'une partie de la souveraineté d'une nation est impossible. La moindre soustraction même parcellaire de souveraineté, la moindre faille pratiquée en elle entraîne ipso facto sa disparition.

Lors du débat parlementaire du printemps 1992 relatif à la révision constitutionnelle, Michel Vauzelle, ministre de la justice à l'époque, tout en réaffirmant le caractère indivisible de la souveraineté, s'était ingénié à tourner la difficulté décrite ci-dessus, en remplaçant la notion de "limitation de la souveraineté" par celle de "délimitation de l'espace où s'exerce la souveraineté" (10).

Bien avant que M. Vauzelle recourt à cette idée d'espace d'exercice de la souveraineté, le Conseil constitutionnel avait forgé le concept de "*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*". De sa décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 (Recueil, p. 15), concernant "le Protocole additionnel n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" relatif à l'abolition de la peine de mort, il ressort que, ce avec quoi un engagement international doit être compatible, ce n'est pas la souveraineté nationale elle-même, mais seulement les conditions essentielles de son exercice. On en déduit que, dans l'optique du Conseil constitutionnel, les conditions non essentielles, elles, peuvent être ignorées et enfreintes. Quant à la définition qu'il offre desdites conditions essentielles dans cette décision de mai 1985, le moins que l'on puisse dire est qu'elle ne pêche pas par excès de précision. Selon lui, elles sont remplies lorsque l'État est en mesure "d'assurer le respect des Institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens" (11).

Ces "conditions essentielles" n'appellent pas, de notre part, de longs commentaires mais une simple constatation. La première d'entre elles, "le respect des Institutions de la République", n'est pas sans rappeler l'une des missions attribuées par la Constitution, dans son article 5, au Président de la République, à savoir "assurer par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État", et certains des objectifs dont la poursuite pourrait justifier le recours, par le Chef de l'État, à l'article 16, comme écarter une menace pesant "de manière grave et immédiate" sur "les institutions de la République", et rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels en leur rendant, "dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission".

L'orientation prise par *la jurisprudence du Conseil constitutionnel* au cours des vingt dernières années sur la question de la souveraineté nationale est relativement univoque et précise. Les obstacles que le juge constitutionnel a opposé virtuellement à la ratification des engagements internationaux, à travers ses décisions successives, au nom du respect de la souveraineté nationale, ont été de plus en plus réduits, les conditions qu'il a posées ont été de plus en plus vagues. Et sa décision

(9) François Luchaire donnent des exemples de tels transferts dans le cadre de la construction européenne, cf. : "Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale", paru dans : "Revue du Droit Public", n° 6, 1992, p. 1504.

(10) Cf. le discours tenu par Michel Vauzelle devant l'Assemblée nationale dans la nuit du 5 au 6 mai 1992, dans lequel il a présenté, au nom du gouvernement, le projet de révision de la Constitution. Extraits cités dans le journal quotidien : "Le Monde", du 7 mai 1992, p. 9.

(11) Cf. Bruno Genevois, op. cit., p. 369.

du 9 avril 199 la première décision relative au Traité de Maastricht, bien qu'elle ait consisté en une déclaration de non conformité partielle, a constitué un pas supplémentaire dans cette direction (12).

Il nous y a expliqué que le respect de la souveraineté nationale ne faisait pas obstacle a des transferts de compétences au profit d'une organisation internationale permanente, sous réserves qu'ils soient consentis de façon réciproque par les États membres de cette organisation (cf. le considérant 13 de sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992) (13). Évidemment, de tels transferts sont d'autant plus tolérables pour le Conseil constitutionnel que ce qu'il se soucie de préserver, ce n'est pas la souveraineté en elle-même, mais seulement les conditions essentielles d'exercice de cette dernière. En définitive, les seuls transferts de compétences susceptibles d'être déclarés contraires à la Constitution par la Haute juridiction sont ceux qui privent l'État français de "compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale". C'est ce qui se dégage de sa réaction à la mise en place d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques, prévue par le traité (cf. le considérant 42 de sa décision) (14). Reste à savoir si l'adjonction du qualificatif "propres" au substantif "compétences" a une fonction restrictive ; autrement dit, si, parmi l'ensemble des compétences de l'État français, il en est qui lui sont propres et d'autres qui ne le sont pas. On peut le supposer, sinon l'usage de cet adjectif constituerait une tautologie. Cela étant admis, il ne serait pas inutile que le Conseil précise en quoi les compétences qualifiées de propres se distinguent des autres.

Même les principes pourtant peu rigides exposés ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne leur est pas entièrement fidèle. En effet, dans la même décision, considérant qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article F du Traité sur l'Union européenne : "L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne ... du 4 novembre 1950 ...", il a admis que "leur respect [était] assuré par la Cour de justice des communautés européennes ..." (cf. le considérant 17) (15). Alors que, moins de neuf mois plus tôt, dans sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, "Accord de Schengen", il avait rappelé qu'un engagement international qui serait "incompatible avec le devoir de l'État d'assurer ... la garantie des droits et libertés des citoyens" porterait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (16).

Dans sa seconde décision relative au Traité de Maastricht, celle, postérieure à la révision constitutionnelle, du 2 septembre 1992, le Conseil a tenu à rappeler que l'article 54 de la Constitution lui donnait uniquement compétence pour contrôler si un engagement international déterminé soumis à son examen comportait ou non une clause contraire à la Constitution (cf. le considérant 45) (17). Étant donné que, avec l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, les transferts de

(12) "Le Conseil a donc accompli sa tâche dans un sens finalement très favorable à la construction européenne", a conclu François Luchaire, "il est curieux de constater qu'en 1976, à propos de l'élection du Parlement européen, le Conseil s'était montré assez réservé sur cette construction tout en ne trouvant pas dans l'engagement soumis à son examen des clauses contraires à la Constitution ; c'est au contraire en en trouvant que le conseil a aujourd'hui facilité cette construction", dans son article : "l'Union européenne et la Constitution - Première partie", paru dans : "Revue du Droit Public", n° 3, 1992, p. 607.

(13) "Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 - Traité sur l'union européenne", dans : "Journal Officiel de la République Française", du 11 avril 1992, p. 5355.

(14) "Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 - ...", op. cit., p. 5357.

(15) "Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 - ...", op. cit., p. 5355.

(16) Cf. "Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 - Accords de Schengen", dans : "Journal Officiel de la République Française", du 27 juillet 1991, p. 10001.

(17) Cf. "Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 - ...", op. cit., p. 12098.

compétences prévus par le traité ont acquis valeur constitutionnelle, il n'a plus eu de raison, le 2 septembre, de s'y opposer.

C - UNE DÉFINITION FORMELLE ET ABSOLUE PLUTÔT QUE MATÉRIELLE ET RELATIVE

1) Un contenu qu'il est impossible et inutile d'identifier

Ce raisonnement du Conseil constitutionnel en termes de compétences et de domaines traduit une conception matérielle de la souveraineté, c'est-à-dire une conception d'après laquelle il s'agit d'une addition de compétences, d'un catalogue de matières réservées à la nation, et dans lesquelles seul l'État, qui l'incarne, peut intervenir. Quelles sont ces matières ? Beaucoup répondent : "les matières traditionnellement confiées à l'État", et tout d'abord, le maintien de l'ordre intérieur, la Justice, le complexe monétaire, fiscal et budgétaire, les relations extérieures et la Défense, ... ainsi que la législation (18).

La souveraineté définie par son objet est tout à fait limitable. La nation peut en effet céder certaines de ses compétences à une autre nation ou à une organisation internationale sans cesser pour autant d'être souveraine. Simplement, elle est un peu moins souveraine qu'auparavant. C'est ce genre de limitation qui est envisagé à l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946. Cependant *la souveraineté dans sa conception matérielle s'inscrit plutôt dans la perspective interne* ; elle renvoie d'abord aux rapports entre l'État et la société civile. Or, en ce qui concerne les interventions de celui-là dans celle-ci, il n'existe pas à proprement parler d'invariant. Tout dépend du type d'État auquel on se réfère ; et la théorie aussi bien que la pratique nous offrent une grande variété d'États. Dans l'État libéral, par définition, les pouvoirs publics interviennent peu, au point que même certaines de ses fonctions dites régaliennes peuvent être confiées à l'initiative privée -cf. l'attribution à des entreprises privées de la construction et de la gestion d'établissements pénitenciers, envisagée sous la 1ère "cohabitation"-. À l'inverse, dans la version totalitaire de l'État, la sphère d'intervention des pouvoirs publics est a priori illimitée. Et il est parfaitement logique que, par exemple, le commerce extérieur y fasse l'objet d'un monopole étatique.

Si l'on s'en remettait exclusivement à des définitions matérielles, donc quantitatives, de la souveraineté, on risquerait de confondre les deux perspectives interne et externe, et de tirer des conclusions erronées. En effet, dans un régime totalitaire et protectionniste la souveraineté de l'État dans une perspective interne, est peut-être plus grande que dans un régime libéral et libre-échangiste. Mais cela n'implique pas que son indépendance, vis-à-vis de l'extérieur, est mieux garantie là qu'ici.

Les développements consacrés à la question de la souveraineté aussi bien dans la déclaration de 1789 que dans la Constitution de 1958 sont relatifs à son attribution et à son exercice. Ils ne nous apprennent rien sur son étendue. Peut-on en déduire que cette dernière n'a pas grande importance et qu'il est constitutionnellement loisible de la faire varier à discrétion ? Pas nécessairement. Dans cette optique, *le parallèle avec la liberté s'impose*. Le domaine de cette dernière ne fait pas non plus l'objet d'une délimitation constitutionnelle. Cela n'a rien de surprenant, il est dans la nature même de la liberté que l'on ne puisse définir de façon exhaustive ni son champ, ni ses modalités d'exercice. Et la présence même d'un texte prétendant le faire serait un indice que cette liberté n'existe pas réellement. Le contenu de la liberté est

(18) Cf., entre autres, les réponses apportées par Mme Marie-France Garaud aux questions posées par les journalistes sur la radio France-Inter, le vendredi 8 mai 1992, de 19h 15 à 20h.

par essence général et indéterminé. Il n'est limitable que négativement. L'article 4 de la D.D.H.C. de 1789 est capital par la définition qu'il offre de la liberté en général et, du même coup, de la logique libérale.

"La liberté", énonce-t-il, "consiste à pouvoir faire tout ce qui nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". Le raisonnement qui est tenu ici à l'endroit de la liberté de l'homme (mais pas seulement de lui) peut très bien s'appliquer à la souveraineté de la nation (dans sa perspective externe) en ces termes : "La souveraineté d'une nation consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux autres nations : ainsi l'exercice de ses compétences par chaque nation n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société internationale la jouissance de ces mêmes compétences. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par le droit international". Ce raisonnement nous montre qu'il est vain et inutile de tenter de cerner le contenu de la souveraineté nationale, et que les définitions matérielles, quantitatives et positives de la souveraineté ne peuvent qu'être insatisfaisantes parce que nécessairement incomplètes. Il nous conduit donc à nous tourner vers les définitions formelles et qualitatives.

2) Un pouvoir essentiellement original

Revenons à la conception première de la souveraineté, celle que nous ont livrée les philosophies politiques du siècle des lumières, que les révolutionnaires français ont fait leur et qu'ils dépeignent toujours, dans les déclarations des Droits et les constitutions qu'ils ont rédigées, comme étant "une, indivisible, inaliénable et imprescriptible" (cf., e. a. la Constitution du 3 septembre 1791, Titre III, Article Premier et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de la Constitution du 24 juin 1793, article 25). Elle correspond à un type particulier de pouvoir. Il s'agit d'un pouvoir originaire, inconditionné -autrement dit, qui prétend ne se déterminer que par sa seule volonté-, suprême et exclusif ; un pouvoir procédant de la nation, mais que l'État, personne morale, exerce en son nom ; un pouvoir qui permet à ce dernier de faire prévaloir son point de vue sur celui de toutes les personnes infra-étatiques publiques ou privées, individuelles ou collectives (ainsi que sur celui de toutes les personnes extra-nationales, au moins pour ce qui a trait aux affaires de la nation elle-même et dans les limites indiquées supra), de les soumettre et de les intégrer. Les conditions et manifestations les plus importantes de la souveraineté de l'État sont le monopole de la violence légitime et l'exclusivité de la production des normes juridiques, dont il jouit. La souveraineté est souvent identifiée à "la compétence des compétences" en ce sens qu'elle désigne la faculté que l'État possède de tracer la ligne de démarcation entre les compétences qu'il attribue à d'autres personnes et celles qu'il se réserve.

Il résulte de cette définition de la souveraineté que la réalité de cette dernière ne se mesure pas au nombre des décisions prises par les autorités politiques et administratives d'un pays, pas plus qu'à l'étendue de la sphère d'intervention des pouvoirs publics de ce pays dans sa société civile. Elle dépend de *la faculté qu'a l'État d'adopter de façon parfaitement discrétionnaire des mesures et de les imposer à l'intérieur comme à l'extérieur*. Ce qui explique pourquoi un État totalitaire n'est pas nécessairement plus souverain qu'un État libéral. La question de l'effectivité de la souveraineté ne doit pas être confondue avec la problématique relative au caractère totalitaire ou libéral de l'État, et encore moins avec celle de la nature autocratique ou démocratique de son régime politique.

Contrairement à une idée qui a beaucoup circulé pendant le débat relatif à la ratification du Traité de Maastricht, la conception formelle et qualitative de la souveraineté nationale, que nous venons de rappeler, n'a rien à voir avec *la question de l'identité nationale*. Celle-ci est inhérente à une approche ethnologique (autrement dit socio-culturelle) et subjective du concept de nation, qui est tout à fait étrangère à la problématique de la souveraineté.

Dans sa décision sur le Traité de Maastricht, du 9 avril 1992, nous l'avons vu, le Conseil constitutionnel s'est rallié implicitement et à titre principal à une conception matérielle de la souveraineté nationale. En effet, il a opéré une distinction entre les compétences transférées en fonction des matières dans lesquelles elles s'inscrivaient. Cependant, il n'a pas ignoré complètement la dimension formelle de la souveraineté, vu qu'il a tenu compte aussi des conditions dans lesquelles le Conseil des ministres des Communautés européennes prendra ses décisions (à l'unanimité ou à la majorité qualifiée). Toutefois, et en retour, l'importance qu'il a accordé aux questions de procédure a varié avec la matière concernée. Ainsi, il semble que la Haute juridiction aurait pu accepter des transferts de compétences en ce qui concerne les mesures relatives à l'entrée et à la circulation des personnes dans le marché intérieur, si les décisions prises par le Conseil des ministres, en ce domaine, avaient continué à être adoptées à l'unanimité au-delà du 1er janvier 1996. En revanche, son hostilité à l'introduction d'une monnaie unique tenait à la matière elle-même ; elle était vraisemblablement indépendante des modalités selon lesquelles, d'après le traité, les décisions y seront arrêtées. Et même le maintien intégral d'une prise de décision à l'unanimité n'aurait pas suffi pour désarmer son opposition.

3) Ce qui importe, c'est le principe

Pour ceux qui adhèrent à une conception matérielle et quantitative de la souveraineté, cette notion ne peut être que relative. S'inspirant de la façon dont la théorie économique analyse les phénomènes de marché, ils tiennent le raisonnement suivant : les décisions prises par chaque État dans les différents domaines, notamment dans le domaine économique, financier et monétaire, sont fonction des paramètres qui apparaissent sur la scène internationale, en particulier sur les différents marchés mondiaux. Or ces paramètres ne tombent pas du ciel ; ils sont co-déterminés par les politiques respectives des différents pays. Évidemment l'influence de chacun de ces pays sur lesdits paramètres varie avec sa puissance. Il en résulte que la marge de manœuvre d'un État, sa liberté de choix effective, bref sa souveraineté réelle sont d'autant plus grandes qu'il est plus puissant. La souveraineté d'une nation serait donc une grandeur relative, une variable dépendant de sa puissance vis-à-vis des autres nations.

S'il en est ainsi, les petits États ont tout intérêt à s'unir à d'autres ; chacun pouvant de cette manière substituer à l'exercice en solo d'une souveraineté illusoire, parce que trop réduite, l'exercice en commun d'une souveraineté authentique parce qu'élargie. "Dans le monde d'aujourd'hui", a déclaré notamment Michel Sapin, ministre de l'économie et des finances du gouvernement Pierre Bérégovoy au printemps 1992, "la souveraineté est nécessairement limitée. À mes yeux, le problème n'est donc pas de savoir si on perd sa souveraineté. Il s'agit de choisir entre l'exercice solitaire d'une souveraineté limitée et l'exercice en commun d'une souveraineté renforcée" (19). L'exemple le plus abondamment employé pour illustrer ce raisonnement est celui de la monnaie. Roland Dumas, ministre des affaires

(19) Cf. "Le Monde", du 6 mai 1992, p. 2.

étrangères à la même époque, a expliqué qu'il était vain pour les Français de s'obstiner à vouloir conserver une monnaie nationale, condamnée de toute façon à s'aligner sur le mark, et qu'il était préférable pour eux de cogérer, à égalité avec leurs partenaires, les Allemands entre autres, une monnaie commune, combien plus forte, la future monnaie européenne unique (20).

Dans cette version, la souveraineté est dépouillée de toute ce qui fait son originalité (inconditionnalité, indivisibilité, inaliénabilité ...). Elle devient un pouvoir parmi d'autres et comme eux ; c'est le concept même de souveraineté qui est remis en question. Ici aussi, une mise en parallèle de la souveraineté de la nation avec la liberté de l'individu (et pas seulement de lui) est susceptible d'éclairer le débat. Chacun admet que les relations qui se nouent entre les personnes dans les diverses circonstances de la vie pratique, notamment les relations contractuelles, sont déterminées par des rapports de force parfois si inégaux que la marge de manœuvre de l'un ou l'autre des partenaires est, de fait, quasi-nulle. C'est le cas, par exemple, des relations entre employeur et employé sur le marché du travail, dans les branches frappées par le chômage, ou encore des relations entre propriétaire et locataire en période de crise du logement. Il n'est pas loisible d'en déduire pour autant que le plus faible n'est pas libre, et que, dans nos sociétés, la liberté n'est qu'un mythe. C'est ici que la distinction entre le principe de la liberté, autrement dit la liberté formelle, et les possibilités de choix réelles révèle sa pertinence. Par le passé, les penseurs marxistes ont retenu cette distinction pour dénoncer le caractère illusoire et la fonction mystificatrice de la liberté seulement formelle. Aujourd'hui, pratiquement tout le monde est d'avis que la liberté formelle ne saurait suffire et doit être complétée par le pouvoir réel de choisir mais qu'il n'en demeure pas moins que la première constitue le préalable et la condition indispensables du second.

Le même raisonnement peut être tenu, mutatis mutandis, pour la souveraineté nationale. Le fait que les rapports de force entre les différentes nations puissent être très inégaux en pratique, ne doit pas nous conduire à aggraver la situation des plus faibles en leur déniant par-dessus le marché la souveraineté formelle.

Nous n'irons pas plus avant dans cette discussion théorique et nous nous bornerons à faire *deux remarques finales*. D'abord, l'autorité d'un pays sur la scène internationale n'est pas seulement fonction de variables quantitatives (étendue, population, PNB, etc.), elle dépend aussi de facteurs qualitatifs (état de santé économique, niveau de développement culturel, etc.). Il est de petits pays qui n'ont rien à envier aux États de grande dimension quant à leur rayonnement. Ensuite, l'observation de l'actualité comme de l'histoire récente nous fournit moult exemples de petits pays dont les dirigeants n'ont pas hésité à faire des choix radicaux dans les domaines les plus divers et les directions les plus variées, et des choix parfois contraires à ce que l'environnement international semblait leur imposer (nationaliser les richesses naturelles du pays, adopter une monnaie nationale propre, opérer des renversements d'alliances, par exemple). La politique de la Libye ne ressemble pas à celle de l'Arabie Séoudite ; et celle de la Belgique diffère de celle de la Lituanie. Cette hétérogénéité est inhérente à la nature discrétionnaire des choix politiques ? Naturellement, nous ne nous prononçons pas sur la pertinence de l'attitude des petits pays qui optent pour le non-alignement. Nous constatons simplement qu'elle est l'expression d'un exercice effectif de la souveraineté nationale.

(20) Cf. "Le Monde", du 7 mai 1992, p. 8.

II - SOUVERAINETÉ ET ADHÉSION À UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

A - LES CONDITIONS DE PRÉSERVATION DE LA SOUVERAINETÉ

Lorsqu'un État souscrit à un engagement international, par définition, il contracte un certain nombre d'obligations à l'égard, entre autres, des autres États cosignataires. Les autorités de cet État acceptent donc, de quelque manière et dans quelque domaine, une limitation de leur liberté de décision et d'action. Mais cette limitation ne compromet pas sa souveraineté, si la signature de cet engagement ne leur est pas imposée par les partenaires de l'État en question, entre autres, et si l'engagement n'est pas définitif, autrement dit, s'il est à durée limitée ou s'il est susceptible d'être révisé et même dénoncé, dès que ces autorités en expriment le désir et dans la mesure où elles le souhaitent. L'analogie entre la souveraineté nationale et la liberté individuelle s'impose ici également. En effet, la liberté d'un particulier n'est pas remise en cause lorsqu'il signe un contrat quelconque, à la condition qu'il le fasse volontairement et que le contrat ne soit pas intangible ou perpétuel. Les choses, relativement simples ainsi présentées, se compliquent lorsqu'il s'agit d'un engagement international qui a pour objet l'érection ou la transformation d'une organisation internationale permanente dont les États signataires sont membres.

1) Le caractère volontaire et réversible de la limitation

Dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel a expliqué que : "le respect de la souveraineté nationale ne [faisait] pas obstacle à ce que, ..., la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres" (considérant 13) (21). De la même manière que, à l'intérieur, l'État peut déléguer certaines de ses compétences à des personnes infra-étatiques, par exemple des collectivités locales, sans pour autant mettre en danger sa souveraineté, à l'extérieur, il peut également transférer une partie de ses attributions à une organisation internationale, sans du même coup renoncer à sa souveraineté. Cela n'est vrai cependant qu'à certaines conditions. Il faut d'abord que l'État en question y consente, qu'il le fasse volontairement.

Il faut ensuite que ce transfert de compétences ne se confonde pas *avec un abandon*. C'est un point sur lequel Michel Vauzelle, ministre de la justice à l'époque, avait insisté lors du débat parlementaire relatif au projet gouvernemental de loi constitutionnelle en mai 1992. "Il ne peut y avoir de transfert, c'est-à-dire de cession définitive de la souveraineté d'un État", avait-il affirmé, ajoutant : "Le peuple peut [cependant] parfaitement consentir à une autolimitation, mais il y a dans ce renoncement -qui ne sent la différence ?- tout autre chose qu'un abandon" (22).

Le souci éprouvé par les cosignataires d'un traité que l'autolimitation à laquelle ils consentent, ne débouche pas sur un abandon de souveraineté, devrait les conduire logiquement à insérer dans cet acte une clause de dénonciation -fait significatif ou non, cette "formalité" a été oubliée par les auteurs du Traité de Maastricht-.

---

(21) "Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 ...", op. cit., p. 5355.
(22) "Le Monde", du 7 mai 1992, p. 9.

Naturellement, le problème présente aussi une dimension quantitative. Et la question se pose également de savoir jusqu'à quelle limite, un État peut-il porter atteinte à sa liberté d'action, même si cela n'est pas définitif, sans pour autant nier sa souveraineté.

2) L'exercice en commun des compétences

Le transfert réciproque de compétences de la part de plusieurs États au profit d'une même organisation internationale se différencie du transfert de compétences d'un État à un autre, conduisant le second à les exercer à la place du premier. En effet, là les compétences concédées par les États, ils continuent d'une certaine manière à les exercer, mais ils le font désormais en commun et de façon plus ou moins directe. C'est cela dont le Constituant a pris acte dans la loi constitutionnelle du 25 juin 1992. Le nouvel article 88-1 introduit par cette loi dans la Constitution de 1958 établit que : "La République participe aux Communautés et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'*exercer en commun* certaines de leurs compétences". Et lors du débat devant l'Assemblée nationale, le rapporteur pour avis de la commission des affaires étrangères, Jean-Marie Caro (UDF) avait même formulé le concept de "communauté de souverainetés nationales". Selon lui, à l'intérieur de l'union créée par le Traité de Maastricht, les États détenteurs initiaux respectifs de ces souverainetés nationales "seront amenés à en partager l'exercice chaque fois que cela sera possible, sans bien entendu les aliéner pour autant" (23).

Tout cela signifie-t-il que les compétences dont il est question ici, du fait qu'elles continuent à être exercées, certes en commun, par les États membres n'ont finalement pas changé de détenteurs, et que seules ont varié leurs modalités d'exercice ? Ou au contraire, du fait même de l'exercice en commun, n'y a-t-il pas automatiquement *déperdition de pouvoir national pour les États membres ?* Notons tout d'abord que l'expression de "transferts de compétences" auxquels la France consent, contenue dans le nouvel article 88-2 de la Constitution, n'est manifestement pas compatible avec l'idée d'une conservation de ces compétences par les États. Pour être en mesure de donner une réponse plus étayée, il n'est pas inutile d'examiner la façon dont doivent être prises les décisions communes.

La prise des décisions, à l'intérieur d'une organisation commune, *à l'unanimité* des représentants des États membres donne à chacun de ceux-ci l'assurance qu'aucune mesure ne pourra être adoptée contre son gré et, a fortiori, pourra lui être imposée. En revanche, ce mode de prise de décision ne lui permet pas d'imposer une mesure qu'il souhaiterait voir prendre, à ceux des autres États qui, éventuellement, n'en voudraient pas. En d'autres termes, s'il s'agit d'une mesure contraignante, le pouvoir de chaque État ne disparaît pas puisqu'il dispose d'un droit de veto ; et s'il s'agit d'une mesure permissive, ce pouvoir disparaît puisqu'il lui faut obtenir l'assentiment de tous les autres États membres.

La distinction entre la prise de décision à l'unanimité ou, au contraire, à la majorité revêt moins d'importance pratique qu'il n'y paraît à première vue. Sauf dans l'hypothèse rarement réalisée où tous les États membres sont d'accord, ce qui suppose qu'ils aient des intérêts identiques ou au moins convergents, lorsque la règle de l'unanimité s'applique, les décisions ne peuvent être adoptées qu'au prix de concessions réciproques. Par conséquent, même lorsque les décisions sont prises à l'unanimité, chaque État membre ne peut compter préserver intégralement et en toute circonstance ses intérêts propres. Il doit s'attendre à subir des préjudices. Cela étant

(23) Cf. "Le Monde", du 7 mai 1992, p. 9.

admis, il existe cependant une différence formelle essentielle entre un recul librement consenti, dans le cadre d'une prise de décision à l'unanimité, et un sacrifice imposé, un dommage infligé d'autorité, lorsqu'une décision est prise à la majorité.

Toutes ces caractéristiques de la prise de décision à l'intérieur d'une organisation internationale impliquent *l'émergence d'un intérêt nouveau, propre à la communauté des États membres*, un intérêt synthétique, qui ne se confond pas avec les intérêts particuliers à ces États. C'est le sens des propos tenus par François Luchaire, lorsqu'il écrit, à propos de la Communauté européenne : "Il serait plus conforme aux principes mêmes qui commandent la Communauté européenne de considérer que le Conseil des ministres n'est pas un organisme intergouvernemental mais un organe de la Communauté ; dès lors, toute compétence attribuée à la Communauté doit être examinée en elle-même sans qu'il y ait lieu de rechercher si les décisions correspondantes sont prises par le Conseil des ministres statuant soit à l'unanimité, soit à la majorité" (24).

La conclusion à tirer de ces développements est simple. Les compétences transférées par des États à une même organisation internationale leur échappent effectivement, dans la mesure même où elles servent désormais à promouvoir l'intérêt de la communauté et non plus les leurs. Une autre question se pose à propos de ces transferts de compétences, lesquels, de toute façon, réduisent peu ou prou les capacités d'intervention des États, la question de savoir qui est habilité à en décider.

3) Transferts de compétences et exercice du pouvoir constituant

À la lumière de tout ce que nous avons vu initialement concernant la détention de la souveraineté nationale, il apparaît que les titulaires du pouvoir politique, (le Président, le Parlement et le gouvernement) n'ont pas le droit de se dessaisir de leurs attributions au profit d'une personne extranationale (ou de qui que ce soit d'autre) car ils n'en sont que les dépositaires -sauf, évidemment, si ce dessaisissement est prévu par la Constitution, et seulement dans la mesure et conformément aux objectifs fixés par elle-. Qu'en est-il du titulaire du pouvoir constituant ? Il ressortit à sa mission de répartir les compétences entre les différents pouvoirs publics l'intérieur de l'État. Et si l'on admet que le dogme de la souveraineté nationale n'a pas une valeur supra-constitutionnelle, il peut également décider de transferts de compétences au bénéfice d'une organisation internationale, même s'ils affectent la souveraineté de l'État. Tel est le point de vue exprimé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992, où il a rappelé que "le pouvoir constituant [était] souverain" (cf. le considérant 34) (25). En tant que tel, il fait ce qu'il veut de la souveraineté.

La distinction classique entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé est cependant de mise ici. Ce dernier n'a la faculté de constitutionnaliser les transferts de compétences impliqués par un engagement international, que lorsqu'il a une parfaite connaissance du contenu de cet acte. Par contre, il n'a pas le droit de conférer a priori une valeur constitutionnelle aux dispositions d'un traité à venir, d'un traité pas encore négocié et signé, donc qu'il ne peut pas connaître. Cela équivaudrait de sa part à se dessaisir du pouvoir constituant dérivé au profit des futurs auteurs du traité. Or, en tant que, par définition, simple délégataire de ce pouvoir, il n'a pas le loisir de le faire. Seul le détenteur du pouvoir constituant originaire, à savoir le peuple, peut renoncer à sa faculté de créer et de réformer la Constitution. C'est d'ailleurs, d'une certaine manière, ce qui se passe,

(24) François Luchaire : "L'Union européenne et la Constitution - Première partie", op. cit., p. 604.
(25) "Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 -...", op. cit., p. 12097.

lorsque le peuple d'un État unitaire ratifie l'intégration de ce dernier dans une structure fédérale, avec pour conséquence l'exercice ultérieur du pouvoir constituant, à titre principal, au niveau de la fédération, par le peuple de celle-ci.

Les auteurs de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 ont indiqué le but dans lequel la France consentait à des transferts de compétences -à savoir "l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne", ainsi que "la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures ..."- ; et ils ont précisé les modalités de ces transferts -en l'occurrence, celles "prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992"-. La question se pose néanmoins de savoir si les dispositions ci-dessus, contenues dans le nouvel article 88-2 de la Constitution, sont suffisamment claires et complètes pour ne pas constitutionnaliser des transferts de compétences ultérieurs, des transferts non explicitement inscrits dans le traité.

Le nouvel article 88-1 de la Constitution, en disposant que "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne", constitutionnalise cette participation, de telle sorte que, depuis le 25 juin 1992, cette dernière ne saurait cesser sans qu'il soit contrevenu à la Constitution. Réciproquement, et précisément parce que le pouvoir constituant est souverain, il est tout à fait envisageable qu'il prenne plus tard envie à son titulaire, d'abroger la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, donc de déconstitutionnaliser les transferts de compétences consentis dans le Traité de Maastricht. Dans cette hypothèse, le pouvoir politique pourrait entreprendre une récupération desdites compétences par la France, et même décider que celle-ci quitte l'Europe. Cette possibilité -parfaitement conforme au principe selon lequel "un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution" et "une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures" (Constitution du 24 juin 1793, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 28)- est contestée par d'aucuns (26). Le point de vue de ces derniers constitue un aveu implicite que, pour eux, le peuple français n'est déjà plus souverain.

*_*_*_*

Les États membres d'une organisation internationale conservent leur souveraineté aussi longtemps que cette organisation leur demeure étroitement subordonnée, qu'elle reste placée sur un pied d'infériorité vis-à-vis d'eux. Cette condition est remplie tant que ces États conservent une entière maîtrise de son statut, de ses attributions, de son mode de fonctionnement. Le fait que ces différents paramètres de l'organisation soient déterminés par des engagements internationaux négociés, signés et ratifiés par tous les États membres apporte-t-il la garantie de cette maîtrise ? Oui si la conservation de leur souveraineté demeure pour ces États la priorité des priorités ; ce qui n'est pas automatiquement le cas pour chacun d'eux.

Cette question du contrôle (au sens fort du terme) exercé par les États membres d'une organisation internationale sur cette dernière n'est qu'un versant des rapports qui se nouent entre ceux-là et celle-ci. L'autre versant, ce sont les effets des décisions prises par l'organisation pour les États, c'est l'autorité que cès décisions revêtent pour eux.

(26) Cf. François Luchaire : "L'Union européenne et la Constitution - Deuxième partie", dans la : "Revue du Droit Public", n° 4, 1992, p. 959.

B - LES POUVOIRS NORMATIFS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

1) Les termes du problème

Le statut de certaines organisations internationales leur confère un pouvoir normatif tel que les décisions prises par leurs instances dirigeantes sont exécutoires à l'intérieur des États membres et par eux, sans intervention de ces derniers dans le processus décisionnel. Ils n'interviennent pas en amont en ce sens que les décisions sont adoptées par des organes proprement communautaires sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle direct. Ils n'interviennent pas non plus en aval dans la mesure où les décisions prises produisent effet par elles-mêmes ; elles sont immédiatement intégrées au droit interne des États membres, sans que l'assentiment de leurs autorités politiques ne soit requis ; qu'il s'agisse d'un assentiment passif (comme le non usage d'un droit de veto) ou d'un assentiment actif (à travers une activité législative ou réglementaire).

Les règlements des communautés européennes constituent un bon exemple de ces normes produisant effet par elles-mêmes. L'article 189-2 du Traité instituant la Communauté économique européenne (signé le 25 mars 1957 stipule : "le règlement a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre". Le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion, à travers plusieurs de ses décisions, de confirmer cela. Dans ses décisions n° 77-89 DC du 30 décembre 1977 - Loi de finances, rectificatif pour 1978 (Rec., p. 46) et n° 77-90 DC du 30 décembre 1977 - Loi de finances, rectificatif pour 1977 (Rec., p. 44), il a expliqué que "la force obligatoire qui s'attache aux dispositions" des règlements "n'est pas subordonnée à une intervention des autorités des États membres" et qu'elle n'est que la conséquence des engagements auxquels la France a souscrit, en adhérant régulièrement au Traité de Rome, lequel, dès qu'il est entré dans l'ordre juridique interne, s'est imposé au législateur en vertu de l'article 55 de la Constitution (27).

Ce raisonnement ne s'applique pas qu'aux règlements communautaires ; il vaut également pour les décisions normatives d'autres organisations internationales, comme le Fonds Monétaire International (cf. la décision du Conseil constitutionnel n° 78-93 DC du 29 avril 1978 (Rec., p. 23)) (28) et l'Organisation Mondiale de la Santé. En ce qui concerne l'O.N.U., d'après sa charte, les États qui adhèrent à cette organisation s'engagent à renoncer à la violence pour régler les différends (cf. l'article 2, §§ 3 et 4). Et ils délèguent au Conseil de Sécurité leur capacité d'appréciation en matière de paix et de sécurité. Ils lui confèrent la responsabilité principale pour le maintien de la paix et de la sécurité et reconnaissent qu'en s'acquittant de cette tâche il agit en leur nom (cf. l'article 24). Par conséquent, ils s'engagent à se soumettre à ses décisions (cf. l'article 25). Toutefois, dans la pratique, les pouvoirs du Conseil de sécurité n'ont qu'une portée limitée, car, officiellement, il est respectueux de la souveraineté des États et ne peut pas imposer une solution au fond dans un litige mais seulement faire acte de médiation quand les parties le lui demandent (cf. les chapitres VI et VI. Au cours des dernières années cependant, et pour des raisons extra-juridiques, les capacités effectives d'intervention de l'O.N.U. se sont tout de même sensiblement accrues (cf. supra).

L'expérience de la construction européenne illustre bien les problèmes quasi-insurmontables que pose la sauvegarde de la souveraineté nationale, lorsqu'une

(27) Cf. Bruno Genevois, op. cit., p. 371.
(28) Cf. Bruno Genevois, op. cit., p. 361, p. 367 et p. 371.

organisation internationale atteint un certain niveau de développement (mesuré notamment par le volume des décisions normatives qu'elle prend). Ce qui mérite d'être souligné ici, c'est la différence de nature qui existe à l'intérieur du droit communautaire, entre le droit constitutif —le traité initial et les traités ultérieurs qui l'ont enrichi— et le droit dérivé —les normes adoptées par les instances dirigeantes des Communautés (le Conseil européen, le Conseil des ministres, la Commission ... et les nouvelles institutions prévues par le Traité de Maastricht)— Les modalités d'adoption du droit communautaire constitutif sont parfaitement compatibles avec le respect des souverainetés nationales, car les traités n'engagent que les États qui y souscrivent. De plus, ils sont l'œuvre propre des autorités politiques de ces États. L'Exécutif les négocie et les signe, le Parlement vote leur ratification et le juge constitutionnel peut contrôler leur conformité à la Constitution —en France, ce contrôle peut être double ; il peut porter sur le traité lui-même et sur la loi de ratification de celui-ci (en application des articles 54 et 61 de la Constitution)—.

Il en va autrement pour le droit communautaire dérivé. L'article 189 du Traité de Rome et l'article 55 de la Constitution française conjuguent leurs effets pour le soustraire complètement à l'intervention des autorités politiques et juridictionnelles nationales. En application du premier article, il est l'œuvre exclusive des instances communautaires ; et en application du second, il l'emporte sur les lois nationales (et, a fortiori, sur les normes infra-légales). Par conséquent, pas plus un gouvernement qu'un parlement ne peuvent le neutraliser ou l'écarter en le modifiant ou en l'abrogeant, de même qu'ils ne peuvent pas l'ignorer. En vertu de l'article 189 T R, le juge constitutionnel n'a pas la possibilité de vérifier sa conformité à la Constitution ; et en vertu de l'article 55 C f, le juge administratif ainsi que le juge judiciaire font prévaloir le droit communautaire sur la loi, et, à plus forte raison, sur le règlement, même postérieurs (cf. notamment les arrêts du Conseil d'État du 20 octobre 1989 et du 28 février 1992).

Le respect, par les États membres des Communautés européennes et de l'Union européenne, des obligations qui leur incombent en vertu des traités est garanti par la Cour de justice des communautés européennes. Pour inciter l'État membre qui se serait rendu coupable d'un manquement, à exécuter son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte (cf. l'article 170 du Traité de Rome et l'article 171 du Traité de Maastricht).

2) Les garde-fous envisagés

Les souverainetés nationales respectives des États appartenant à une organisation internationale ne sont solidement garanties que si au moins l'une des deux conditions suivantes est remplie : que les États-membres eux-mêmes, de façon directe, adoptent les mesures normatives communes -et nous avons vu que la prise de décision à l'unanimité n'apportait pas à chacun d'eux l'assurance que ses intérêts particuliers ne seraient pas de quelque façon et à quelque degré sacrifiés- ou qu'ils puissent s'opposer à l'application, sur leurs territoires respectifs, des décisions adoptées par les instances propres à l'organisation commune, lorsqu'ils estiment qu'elles leur portent un préjudice grave. En d'autres termes, il importe de réserver aux États membres au moins une possibilité d'intervention dans le processus de prise des décisions communes : une intervention positive en amont ou une intervention négative en aval. *Sans cela, la souveraineté de chacun d'eux ne tient plus qu'à un fil, la faculté qu'il lui reste de quitter l'organisation.*

Cependant, la mise en œuvre de chacun de ces deux garde-fous se heurte à de grosses difficultés pratiques dès l'instant où les compétences exercées dans le cadre de ladite organisation internationale dépassent un certain volume et une certaine variété.

En effet, d'un côté la prise des décisions par les autorités politiques de ces États (ou par les représentants de ces dernières agissant sur la base d'un mandat impératif) n'est concevable que lorsqu'il s'agit de trancher épisodiquement un nombre limité de questions fondamentales. Elle n'est plus possible quand on est conduit à adopter quotidiennement une multitude de mesures dans les domaines les plus divers. D'un autre côté, accorder aux autorités politiques des États membres la possibilité de ne pas appliquer les mesures communes qui ne leur conviennent pas, c'est aller au-devant d'incohérences et de désordres au sein de l'ensemble des États ainsi que d'injustices entre eux. Cela priverait la mise en commun des compétences d'une grande partie de ses effets et retirerait à l'organisation internationale l'essentiel de sa raison d'être. Les pratiques de ce genre sont en général de courte durée. Elles prennent place le plus souvent dans les phases de transition : passage d'une confédération à une fédération (cf. le recours au droit de nullification au début de l'histoire des États-Unis d'Amérique, c'est-à-dire le droit pour un État fédéré de constater la nullité d'une disposition fédérale contraire à sa Constitution et de ne pas en tenir compte) ou processus inverse (cf. l'attitude adoptée, lors de la décomposition de l'URSS, par les républiques périphériques, après qu'elles se soient déclarées "souveraines" mais avant qu'elles n'aient proclamé leur "indépendance", lorsqu'elles faisaient prévaloir leurs propres lois sur celles de l'Union).

En ce qui concerne plus particulièrement la construction européenne, lors du débat parlementaire relatif à la révision de la Constitution au printemps 1992, le député RPR Pierre Mazeaud avait proposé de n'attribuer aux instances communautaires qu'une compétence quant à la fixation des objectifs à poursuivre, et de *réserver aux autorités politiques des États membres le choix des modalités de réalisation des fins fixées par la Communauté* (29). Cela reviendrait à restreindre le droit communautaire dérivé aux directives et recommandations, en en écartant les règlements ainsi que les décisions. Cette formule aurait l'avantage de réduire considérablement les activités normatives des instances communautaires, en les débarrassant de l'adoption des mesures de détails.

La proposition décrite ci-dessus appelle plusieurs objections. D'abord il est opportun de rappeler que la formule de l'applicabilité directe des règlements communautaires a été retenue initialement parce que sans elle la mise en place d'un authentique marché commun, l'objectif premier de la construction européenne, n'était pas concevable. Elle suppose en effet l'existence d'une réglementation unique dans tout l'espace communautaire, pratiquement impossible à obtenir si l'adoption de cette réglementation, ne serait-ce qu'au niveau des détails, est confiée à chacun des États membres. Ensuite et surtout, cristalliser une division verticale du travail entre les institutions communautaires, auxquelles serait réservée la mission politique de fixer les fins de l'action commune, et les États membres, auxquels serait abandonnée la fonction administrative de choisir et de mettre en œuvre les moyens, n'est certainement pas la meilleure solution pour préserver la souveraineté des États, vu qu'elle institutionnaliserait la position subordonnée de ces derniers.

La souveraineté ne consiste pas seulement dans la faculté active d'intervenir, de prendre des décisions discrétionnaires et de les mettre en œuvre ; elle réside aussi dans la possibilité passive de s'abstenir d'intervenir, de renoncer à prendre des actes quelconques. Conformément à la tradition de souveraineté du Parlement, il n'existe en France aucune obligation pour ce dernier à légiférer. Et le recours en inconstitutionnalité pour carence du législateur n'y est pas recevable. La similitude entre la souveraineté nationale et la liberté individuelle saute aux yeux ici aussi. La liberté présente également un versant positif, pouvoir faire ce que l'on veut, et un

(29) Cf. l'amendement proposé par Pierre Mazeaud, évoqué dans : "Le Monde", du 14 mai 1992, p. 7.

versant négatif, ne pas être contraint de faire ce que l'on refuse. C'est dans ce même sens que le droit se distingue de la fonction : le détenteur de celui-là peut s'abstenir d'en user alors que le titulaire de celle-là est tenu de la remplir. Pour revenir à la proposition du député P. Mazeaud, même dans l'hypothèse qu'il retient, les États nationaux seraient obligés d'intervenir pour fixer les modalités de mise en œuvre des options communautaires. Ils auraient certes le choix de ces modalités, mais ils n'auraient pas le loisir de renoncer à choisir. En ce sens, leurs souverainetés seraient de toute façon compromises.

Pour en terminer avec cette question de savoir comment sauvegarder la souveraineté des États membres d'une organisation internationale aux compétences toujours plus importantes, nous devons nous arrêter un instant sur ce qui a souvent été présenté comme un palliatif à ce problème dans le cadre de l'Europe communautaire. Il s'agit des dispositions du nouvel article 88-3 de la Constitution -qui ont été introduites dans le projet de révision de la Constitution à l'initiative des parlementaires, députés et sénateurs-. Elles stipulent en substance que "le gouvernement soumet[tra] à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil des Communautés, les propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative". Les députés et les sénateurs pourront voter "des résolutions" relatives à ces propositions. Il reste évidemment à préciser quelle pourra être la portée de ces résolutions. Équivaudront-elles à des avis conformes auxquels le gouvernement sera tenu de se plier ? C'est peu vraisemblable.

Quoiqu'il en soit, la question n'est pas exactement là. En effet, les rapports qui se nouent entre une organisation internationale et les États membres de cette dernière, en particulier le problème de la perte éventuelle de leur souveraineté par ces États au profit de l'organisation commune, ne sont pas directement concernés par la façon dont sont prises, à l'intérieur de chaque État, les décisions ayant trait aux actes communautaires. En particulier, les relations qui s'établissent, à l'intérieur du processus de prise de ces décisions, entre les gouvernements et les Parlements respectifs des différents États sont étrangères à la problématique traitée ici. Elles relèvent peut-être de la souveraineté "*dans*" l'État, mais pas de la souveraineté "*de*" l'État.

Bref, les dispositions citées ci-dessus peuvent être éventuellement interprétées comme le franchissement d'un petit pas dans la voie de la démocratisation de la vie politique interne de la France. Elles ne constituent cependant pas, en elles-mêmes, un obstacle sérieux à un possible abandon de souveraineté nationale, si la plupart des actes communautaires sont adoptés sans intervention des autorités politiques des États membres. Du reste, l'histoire récente de la vie politique française nous a apporté à plusieurs reprises la preuve que, en matière de défense de la souveraineté nationale, le Parlement n'est guère plus digne de confiance que le gouvernement.

LA GREFFE D'UNE INSTITUTION ITALIENNE : LE PODESTAT DANS LES STATUTS COMMUNAUX CORSES (XIIème - XVème SIÈCLES)

Par

Éric GASPARINI
A.T.E.R. à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Docteur en Droit

- En matière d'administration municipale le moyen-âge est marqué par l'apparition et le développement de régimes juridiques et politiques des plus variés.

A partir de la fin du XIIème siècle, dans certains pays de consulat comme l'Italie et la Provence, mais également en Corse, la podestatie constitue un de ces régimes municipaux.

A l'origine, le podestat (1) est un agent impérial. C'est le cas dans l'Italie du nord (2) mais aussi en Provence (3) dans la mesure où jusque vers 1250 le sud-est de la France se trouve sous la suzeraineté théorique de l'Empire (4). Ce fonctionnaire s'est "municipalisé" à mesure que les communes se sont émancipées (5). En effet, la

(1) Le terme de Podestat vient du latin "potestas". Bognetti cite une requête adressée à l'Empereur par les délégués des villes italiennes à l'occasion de la Paix de Constance en 1183 et demandant qu'il soit permis aux cités de se gouverner par le consulat ou le Podestat ("Et nominatim liceat predictis civitatibus et personis singulis habere consulatum vel potestatem") selon les modes habituels ("more solito...") (in "Appunti sul Podesta", in *Storia del diritto italiano*, Pisa, Arti Grafiche Pacini Mariotti, 1933-1934, p. 13).

(2) E. Sestan, "Ricerche intorno ai primi podestà toscani", *Archivio storico italiano*, série VII, vol. II, Firenze, 1925, p. 216 à 223 ; C. G. Mor, "La politique de la Maison de Souabe à l'égard des villes italiennes", *Recueils de la Société Jean Bodin*, tome VI, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1954, p. 304.

(3) P. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, tome III, 1903, reproduction anastatique, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1966, p. 63.

(4) G. Sautel, "Les villes du midi méditerranéen au Moyen-Age", Recueils de la société Jean Bodin, tome VII, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1955, p. 316.
- G. Giordanengo, *Le droit féodal dans les pays de droit écrit : l'exemple de la Provence et du Dauphiné XIIe - début XIVe siècle*, Roma, Ecole française de Rome,1988, p. 61 à 67.

(5) P. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, op. cit., tome III, p. 64.
- Par ailleurs, J.P. Poly signale l'existence de Podestats en Provence exerçant dès le début du XIème siècle une fonction judiciaire (*La Provence et la société féodale : 879-1166*, Paris, Bordas, 1976, p.

podestatie remplace ou surplombe le pouvoir consulaire à la fin du XIIème siècle tout d'abord dans les cités de l'Italie du nord (6). A l'aube du XIIIème siècle, le podestat constitue une magistrature ordinaire et quasi générale des communes de l'Italie centrale et septentrionale (7).A la même époque, et suivant l'exemple italien, certaines villes provençales substituent par intermittence et de manière éphémère (8) la podestatie au consulat (9). C'est le cas de Nice en 1215 (10), mais aussi d'Arles en 1220 (11) et Marseille en 1221 (12). Il est à noter qu'Avignon et Tarascon ont connu ce type de régime en tant qu'épiphénomène (13). Par contre, semble-t-il, l'institution ne se développe pas au delà du Rhône vers l'ancienne Septimanie (14).

- Dans les cités italiennes et provençales, le choix d'un administrateur unique en lieu et place de l'administration collective des consuls est intimement lié au contexte politique des XIIème et XIIIème siècles.

En Italie, la politique intérieure des communes libres n'est souvent que le reflet des luttes qui déchirent la péninsule. Ainsi Pise adopte durablement le système podestataire au moment où s'installe le conflit entre Frédéric II de Hohenstaufen et Othon IV de Welfes, qui bien que vaincu à Bouvines en 1214 conserve des partisans en Italie (15).

Parfois, l'apparition du podestat résulte d'un compromis entre parti aristocratique et parti populaire. A Gênes, dans la seconde moitié du XIIème siècle, s'opposent la noblesse des vicomtes et des autres familles seigneuriales , et les classes enrichies par l'essor commercial et qui entendent participer davantage au Consulat (16).C'est dans ce contexte que se développe l'idée d'un nouveau régime et le passage du Consulat au podestat s'explique dans plus d'une commune italienne par

---

118). L'auteur précise que cette fonction judiciaire se trouve souvent entre les mains "du sire, qualifié Podestat ; il est judex judicans, entouré de ses chevalliers qui le conseillent "(p. 121).

(6) Le régime Podestataire s'installe à Parme et Padoue en 1175, à Modène en 1177, à Mantoue en 1184, à Milan en 1186, à Pise en 1190, à Gênes et Florence en 1191, à Sienne en 1199 (Bognetti, Appunti sul Podesta, op. cit., pp. 9-10)

(7) A. Marongiu, *Storia del diritto italiano : ordinamenti e istituti di governo*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1978, p. 83.

(8) P.C. Timbal, "Les villes de consulat au moyen-âge", *Recueils de la société Jean Bodin*, Tome VI, Bruxelles, Éditions de la Librairie encyclopédique, 1955, p. 362.

(9) Ibid, p. 361.

(10) Datta, *Delle libertà di Nizza*, Nizza, 1869, p. 242. Il est à signaler qu'un acte niçois de 1108 mentionne l'existence de "potestates Nicie civitatis"qui sont chargés du gouvernement de la ville et parmi lesquels on trouve des "boni homines"comme des nobles de haut lignage. Ce qui tend à démontrer toute l'ambiguité du terme "potestas "(E. Hildesheimer, "Un document sur les rapports entre Pise et Nice au début du XIIème siècle", *Recueil de travaux offert à Clovis Brunel*, Paris, Société de l'École des Chartes, 1955, p. 589).

(11) L. Stouff, "La commune d'Arles au XIIIème siècle ; à propos d'un livre récent", *Provence historique*, tome XI, fascicule 46, 1961, p. 306.

(12) V.L. Bourrilly, *Essai sur l'histoire politique de la commune de Marseille : des origines à la victoire de Charles d'Anjou*, Aix-en-Provence, Dragon, 1925, p. 81. En ce qui concerne la commune de Marseille, Bourrilly émet l'hypothèse d'une influence de Gênes et Pise alors en relations commerciales étroites avec la cité phocéenne.

- Sur la podestatie marseillaise cf. également M. Zarb, *Les privilèges de la ville de Marseille du Xème siècle à la Révolution*, Paris, Picard, 1961, p. 64 à 69.

- L'influence italienne sur les consulats du Midi français a été dégagée par A. Gouron, qui dresse un parallèle entre la diffusion des consulats et celle du droit romain dans la France méridionale : "L'un comme l'autre sont manifestement exportés à partir de 1130 depuis les cités transalpines, où ils émergent à la fin du XIème siècle" ("Diffusion des consulats méridionaux et expansion du droit romain aux XIème et XIIIème siècles", in *La science du droit dans le midi de la France au Moyen-âge*, Londres, Variorum Reprints, 1984, p. 26 à 72).

(13) P.C. Timbal, "Les villes de consulat...", op. cit., p. 361.

(14) Cf. A. Castaldo, *Le consulat médiéval d'Agde (XIII°-XIV° siècles)*, Paris, Picard, 1974, p. 8.

(15) Y. Renouard, *Les villes d'Italie de la fin du Xème siècle au début du XIVème siècle*, tome 1, Paris, SEDES, 1969, p. 203.

(16) Ibid, p. 267.

la volonté de surmonter les discordes civiles et les luttes de partis (17). En Provence, les divisions que connaissent les villes consulaires et qui opposent " majores " et " minores " (18) rendent quelquefois nécessaire l'appel à un arbitre (19). Le podestat italien et provençal du XIIIème siècle s'impose comme un pouvoir unique soutenu par la masse populaire et les milieux du commerce et de l'artisanat et s'opposant aux factions aristocratiques qui mettent en péril l'unité communale.

Par ailleurs, la podestatie n'est qu'une étape dans l'évolution de l'administration municipale. En Italie, le XIVème siècle voit son remplacement progressif par des capitaineries du peuple (20) puis l'évolution du régime urbain vers la seigneurie (21). En Provence, l'institution podestataire connaît une existence éphémère puisque dès les années 1230 le régime consulaire s'impose à nouveau (22).

- Quant à la Corse, elle est au XIIIème siècle un enjeu de la rivalité qui oppose Gênes à Pise jusqu'à la défaite pisanne de la Meloria en 1284 (23). L'île est alors durablement soumise à la République de Gênes. Il semble qu'à la faveur des influences pisannes (24) puis gênoises le régime podestataire se soit implantée en Corse. En effet, il constitue une magistrature municipale traditionnelle dans les villes gênoises comme Bonifacio, Calvi et Bastia conformément à la plupart des possessions extérieures de la cité ligure telles Sassari en Sardaigne (25) ou Pera sur la Mer Noire (26). On retrouve également la podestatie dans les institutions communautaires de la "Terra di Comune" (27) comme dans celles des seigneuries du Cap (28).

---

(17) A. Marongiu, *Storia del diritto italiano*, op. cit., p. 83.
(18) A. Rigaudière, "Hiérarchie socio-professionnelle et gestion municipale dans les villes du midi de la France au bas Moyen-âge", *Revue Historique*, 1983, n° 545, p. 29.
- Selon P.C. Timbal, la podestatie qui s'apparente à la dictature romaine "correspond au succès du parti démocratique dans les cités" (Les villes de consulat dans le midi de la France, op. cit., p. 361).
(19) C'est le cas pour Arles où l'institution de la podestatie correspond à la recherche d'un équilibre politique entre bourgeoisie et patriciat, mais également permet de limiter sensiblement l'influence de l'archevêque (L. Stouff, op. cit., p. 307)... mais aussi pour Marseille où l'appel au podestat intervient après une série de luttes opposant la commune à l'Évêque et à l'Abbé de Saint-Victor (V.L. Bourrilly, Essai sur l'histoire politique de la commune de Marseille..., op. cit., p. 82).
(20) Y. Renouard, "Les villes d'Italie...", tome I, op. cit., pp. 210-248-249.
(21) Ibid, pp. 36-37.
(22) P.C. Timbal, op. cit., p. 361-362.
(23) R.H. Bautier, "Les grands problèmes politiques et économiques de la Méditerranée médiévale", *Revue Historique*, tome CCXXXIV, 1965, p. 17.
(24) P. Emmanuelli, *Recherches sur la Terra di Comune ; documents sur les aspects de la vie administrative, privée et économique des unités communautaires en Corse aux XVIème, XVIIème et XVIIIème siècles*, Thèse droit, Aix-en-Provence, p. 58.
(25)) M. Tangheroni, "Nascita ed affermazione di una città : Sassari dal XII al XIV secolo", *Gli Statuti Sassaresi*, Cagliari, EDES, 1986, p. 56.
(26)M. Balard, *La Romanie gênoise (XIIème - début du XVème siècle)*, 2 vol. Gênes-Rome, BEFAR, 1978.
- Le podestat des gênois de Romanie étendait d'ailleurs son pouvoir sur les consulats des comptoirs gênois de l'Asie mineure et de la Mer Noire (J. Dauvillier, "L'Union réelle de Gênes et du Royaume de France aux XIVème, XVème et XVIème siècles", *Études d'Histoire du droit dédiées à Auguste Dumas*, Annales de la Faculté de droit d'Aix, n° 43, 1950, p. 87.
(27) - En 1358, à la suite d'une révolte populaire dans le nord de l'île, la Corse est divisée politiquement en "Terra di Comune"et "Terra dei Signori". La partie cismontaine de la Corse, c'est à dire le nord excepté le Cap, prend le nom de "Terre du commun"(P. Emmanuelli, "Recherches sur la Terra di Comune...", op. cit., p. 50 et sq). Dans la "Terra di Comune", les communes ou paroisses étaient regroupées en "pieves". La commune y avait comme chef un podestat (Sur la podestatie dans la "Terra di Comune "cf. : P. Arrighi, *Histoire de la Corse*, Paris, PUF, 1969, p. 33 ; P. Emmanuelli, *Recherches sur la Terra di Comune...*, op. cit., p. 45 ; R. Emmanuelli, "Le pacte de 1358 et la Commune de Corse", *Études Corses*, n°4, 1975, p. 42 : ce dernier précise par ailleurs que l'absence en Corse d'archives notariales antérieures au XVIème siècle rend très malaisée la datation et l'étude de l'origine des institutions communautaires insulaires (Ibid, p. 33) ; Cf. également J.A. Cancellieri, "Aspects du notariat dans la Corse médiévale", *Études Corses*, n° 15, 1980).
(28) A. Leca, *L'esprit du droit corse d'après le plus ancien code insulaire : les statuts de San Colombano de 1348*, Ajaccio, La Marge, 1990, p. 41.

Or si les podestats italiens et provençaux ont fait l'objet d'abondantes études en langue italienne et française, à l'inverse il n'en est pas de même pour le podestat en Corse au moyen-âge (29). Il n'est donc pas sans intérêt de se pencher sur l'organisation et l'évolution de la podestatie dans les statuts communaux de Bonifacio, Calvi et Bastia entre la fin du XIIème et le XVème siècle (30), période pour laquelle cette institution demeure peu connue (31). Ces villes que la "Superbe" avait doté de statuts privilégiés (32) étaient des colonies urbaines peuplées par des colons ligures et destinées à servir de points d'appui pour le contrôle de l'intérieur de l'île (33). Tout semble indiquer que l'apparition de la podestatie a eu des causes foncièrement différentes de celles qui ont présidé à son établissement dans la métropole gênoise. Il convient alors d'analyser dans quelle mesure les podestaties médiévales bonifacienne, calvaise et bastiaise se rapprochent ou s'éloignent de l'institution italienne et si elles illustrent l'existence en Corse d'un droit municipal spécifique.

A l'observation, la podestatie insulaire apparaît sous un angle dualiste car elle conserve des caractères de la tradition italienne tout en présentant une originalité partielle.

*
* *

(29) Cf. cependant : la thèse de P. Emmanuelli, op. cit., p. 58 à 65 ; A. Casanova, "Caporaux et communautés rurales aux XIVème et XVème siècles", *Corse historique*, 1963 et 1964 ; J.A. Cancellieri, "Corses et gênois : éléments pour une phénoménologie de la colonisation dans la Méditerranée médiévale"in M. Balard (sous la direction de), *État et colonisation au Moyen-âge*, Lyon, 1989 ; H. Taviani-Carozzi, "La tutelle de la Corse aux XIème et XIIème siècles", *Mémorial des corses*, Ajaccio-Barcelone, 1981 ; A. Leca, L'esprit du droit corse, op. cit., p. 41 à 44.

(30) Entre 1881 et 1885, le chanoine Letteron a assuré la publication de plusieurs statuts communaux corses dans le Bulletin de la Société des Sciences Historiques et Naturelles de la Corse (BSSHNC). Plus précisément,et pour la période médiévale, il s'agit des chapitres bonifaciens de 1195, modifiés en 1321 et 1388, des chapitres calvais de 1454, des franchises de Saint-Florent de 1475 et des statuts bastiais de 1484. Les franchises de Saint-Florent ne mentionnant pas de podestat, cette ville ne rentre donc pas dans cette étude. En ce qui concerne les autres villes de la Corse, les statuts médiévaux ne nous sont pas parvenus.

(31) Cf cependant : A. Leca, "Le jus sanguinis dans le droit familial : l'exemple des statuts corses au moyen-âge (1195-1484)", *Études offertes à Pierre Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, Talence, 1992, p. 453 à 469 ; G. Petti Balbi, *Genova e corsica nel Trecento*, ed. Palazzo Bormini, Roma, 1976 (L'auteur n'envisage que le cas du podestat bonifacien).

(32) M.C. Bartoli, Introduction au livre des statuts de Bonifacio, *B.S.S.H.N.C*, 634, 635 et 636èmes fasc.,1980, p. I. Les cités dotées de statuts ne recouraient au droit gênois qu'à titre supplétif.

- On peut rapprocher ces statuts particuliers des statuts communaux du midi et des chartes municipales du nord de la France qui constituaient une sorte de codification des coutumes urbaines, fixaient les droits du seigneur et des habitants et établissaient les règles de la constitution urbaine (A. Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1921, pp. 295-296 ; F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, op. cit., p. 88 ; G. Lepointe, *Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875)*, Paris, Montchrestien, 1956, pp. 162-163 ; J.L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel, J. Thibaut-Payen, *Histoire des Institutions : de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1987, p. 175-176).

(33) De ces trois colonies, Bonifacio est la plus ancienne puisque l'implantation gênoise y a lieu entre 1180 et 1190.

Le port de Bonifacio vers le milieu du XIIIème siècle peut apparaître soit comme un petit centre de cabotage, soit comme une escale méditerranéenne qui arme en course à grande échelle, où "l'on change besants et tarins, où passent les épices du Levant et les laines du Maghreb"(J.A. Cancellieri, *Gênes en Corse et en Sardaigne au XIIIème siècle*, Thèse, Lettres, Aix-en-Provence, 1980, p. 46).

I - LA SURVIVANCE DES CARACTÈRES ITALIENS DE L'INSTITUTION PODESTATAIRE EN CORSE

Dans les colonies gênoises insulaires, le podestat apparaît comme un fonctionnaire d'exception mis en place par la métropole et dont l'installation demeure liée à des impératifs politiques et stratégiques : la colonisation de la Corse par Gênes.

Ceci étant précisé, l'institution insulaire se présente comme une réplique fidèle de l'institution métropolitaine. Cette conformité est observable dans les conditions d'exercice de la charge podestataire ainsi que dans les prérogatives juridictionnelles du podestat.

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA MAGISTRATURE INSULAIRE

Les statuts municipaux italiens font état de certaines conditions d'âge, de rang social et de fortune. Ils émettent également des conditions d'aptitudes pour l'accès à cette magistrature (34). Les statuts bonifaciens de 1195 reprennent des dispositions identiques. Dans un premier temps, les statuts exigent de la part du podestat une totale indépendance; ce que traduit le fait qu'il ne doit pas être fils de famille ou fils émancipé depuis moins d'un an ni être un des proches parents du podestat sorti de charge (35). Dans le même esprit, la charge podestataire n'est accessible qu'aux personnes ayant entre 30 et 70 ans (36). Par ailleurs, une clause impérative limite l'accession à la podestatie aux personnes pouvant payer une caution de 4000 livres à la commune de Gênes (37), ce qui de fait garantit la fidélité du magistrat à la commune de Gênes. En revanche aucune capacité intellectuelle n'est formellement requise. Les statuts de 1321 assouplissent quelque peu ces conditions en précisant que " le podestat de Bonifacio peut être pris aussi bien dans le peuple que dans la noblesse " (38).Ces restrictions ne se retrouvent plus dans les statuts réformés de 1388. De même les statuts calvais précisent que le podestat élu sera un citoyen honorable de la ville de Gênes (39). Par contre les statuts bastiais ne détaillent aucunement les conditions d'accès à la podestatie. Il faut attendre un décret du Gouverneur Agostino Doria en date du 12 mai 1591, annexé aux statuts, pour qu'il soit exigé que le podestat sache lire et écrire (40).

Lors de son entrée en charge, le podestat doit prêter serment. Il s'agissait d'une pratique courante en Italie du nord où le podestat prêtait un serment analogue à celui des consuls, s'engageant à observer les statuts de la cité (41), à sauvegarder les

(34) Bognetti, "Appunti sul podesta", op.cit., p.29 : L'auteur évoque certaines conditions d'âge, entre 30 et 60 ans, de capacité intellectuelle, de prestance physique. Le podestat doit de plus être de condition noble. - Ces conditions sont reprises dans la commune d'Arone où le podestat doit être noble, d'une certaine culture et doté des compétences nécessaires (P. Tosi et C. Manzoni, " Gerarchie medioevali nel governo del borgo di Arona", *Bollettino storico per la provincia di Novarra*, n° LXII, 1971, p.108).
(35) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 1 : "...nec aliquem eius propinquum, nec patrem, fratrem aut filium, vel consanguineum germanum ex parte patris, nec filium fratris in anno sequenti potestatem Bonifacii elligam... nec alicui filio familiari sed qui emmancipatus fuerit per annum unum ante electionem".
(36) Ibid : "... nec alicui minori anno XXX, nec alicui maiori anno LXX...".
(37) Ibid.
(38) Statuts de Bonifacio, 1321, cap.13 : "et intelligatur dicta electio esse communis et equalis tam in popularibus quam nobilibus communis Januae".
(39) Statuts de Calvi, 1454, cap. VI.
(40) Décret du Gouverneur Agostino Doria du 12 mai 1591, indexé aux statuts de Bastia : "Non possa alcuno essere eletto a tali carichi che non sappi leggere e scrivere...".
(41) A. Marongiu, Storia del diritto..., op. cit., p. 84.

biens de la commune et à contrôler l'administration de ceux-ci (42). Le serment des administrateurs municipaux était également une constante en France au moyen-âge. Ils promettaient de préserver la constitution municipale et de se comporter avec loyauté (43).Le serment podestataire apparaît également comme de tradition dans le droit public bonifacien. Avant d'entrer en charge, le podestat de Bonifacio, ainsi que ses gens, devaient prêter serment (44). Les statuts de 1321 précisent que tout podestat, avant d'entrer en charge et de recevoir le sceau de la commune et les clefs de la place, jure sur les Évangiles d'observer tous les règlements, statuts, contrats et de garder la place pour la gloire de Dieu, pour l'honneur et la grandeur de la commune de Gênes (45). Gouverneur de la colonie et responsable de sa fidélité à Gênes, le podestat reçoit en retour le serment de fidélité des officiers communaux et des habitants. Ainsi, à Bonifacio, un serment est exigé des Anciens, des membres du grand conseil (46), des caissiers généraux (47), du chancelier et du syndic (48). Un serment est aussi requis de tous les hommes de Bonifacio depuis l'âge de 17 ans jusqu'à celui de 70 ans. Dans les huit jours qui suivent l'installation d'un nouveau podestat, ils devront "jurer sur les Évangiles d'être fidèles à la commune de Gênes...de défendre ledit podestat et ceux qui l'assistent et d'obéir à ses ordres" (49). Les statuts de Bastia de 1484 exigent également des conseillers du podestat et de tous les officiers communaux qu'ils prêtent serment entre ses mains (50). En revanche, les statuts calvais sont complètement silencieux sur ce point.

Le podestat se voit imposer toute une série d'obligations. Les premiers statuts de Bonifacio précisent qu'ilt se doit de remplir sa charge. En effet, "une fois élu le podestat devra se rendre à son poste, sous peine d'une amende de 100 livres" (51). En 1321, il lui est expressément ordonné de venir en personne occuper ses fonctions et de les remplir jusqu'à l'arrivée de son successeur (52). Cette obligation d'assumer la charge d'administrateur municipal est courante en France à la même époque. Elle atteste de la continuité du régime seigneurial à l'administration municipale : "l'exercice des fonctions municipales était imposée à ceux qui souhaitaient l'éviter, comme étaient imposés certains services personnels aux sujets des seigneurs" (53). En outre, de tels refus auraient porté préjudice à la vie de la communauté d'habitants. En tout cas, une telle clause indique que le podestat bonifacien était avant tout un agent de la république de Gênes et qu'il servait d'intermédiaire entre la métropole et la colonie. A l'appui de cette affirmation on

(42) C'est le cas de Sassari, cf. F. Artizzu, o"Le strutture politico-amministrative del Commune di Sassari attraverso la lettura degli Statuti, in *Gli Statuti Sassari*, p. 170.
(43) Cf. : C. Petit-Dutaillis, *Les communes françaises*, Paris, A. Michel, 1970, p. 84; J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, p. 61.
(44) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I § 1.
(45) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 3.
- Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 1 : "Primo quod potestas Bonifacii et quicunque alii futuri potestates...debeant jurare ad sancta dei evangelia corporaliter tactis scripturis manutenere, defendere, salvare ...".
(46) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 21.
(47) Ibid, cap. 28.
(48) Ibid, cap. 31.
(49) Ibid, cap. 38.
- Le texte précise que toute personne qui n'aura pas juré sera condamnée à un sol d'amende et devra en outre être contrainte par le podestat à prêter ledit serment (Ibid, cap. 38 in fine).
(50) Statuts de Bastia, 1484, cap. II. § 5.
(51) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 2 : "Si quis vero, postquam iuraverit illuc ire, recusaverit, aufferam ei libras C et tum eum in imobili dampnificabo, et de eo dampno et malo quod ei fecero nulla emenda ei fiat".
(52) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 13 : "...ille potestas qui electus fuerit, non possit dictam potestaciam vendere seu aliquo modo in aliquem transferre, sed debeat personaliter venire ... usque ad aventum alterius potestatis ...".
(53) J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, op. cit., pp. 60-61.

peut citer le fait qu'à partir de 1290, mais pour un temps relativement court, le podestat de Bonifacio a assumé aussi les fonctions de vicaire général de la Corse (54). De plus, en Corse, le podestat se voit régulièrement soumis à l'obligation de résidence dans la commune. C'est le cas à Bonifacio (55) et à Calvi (56). Les statuts bastiais n'en font pas état mais tout porte à croire que le podestat bastiais devait résider dans le bourg. Là encore, il s'agit d'une règle communément admise en Italie (57). Par ailleurs le podestat doit amener avec lui ses propres sergents et conseillers. Ce qui est là encore conforme à la tradition podestataire gênoise et italienne (58). Ainsi, à Bonifacio, le podestat doit pouvoir fournir un contingent de 250 "serventi" salariés, de souche ligure, afin de veiller à la sécurité de la ville (59). Cette obligation paraît avoir été motivée par deux raisons. En premier lieu, et dans la mesure où le podestat bonifacien est le représentant direct de l'autorité gênoise, on peut se demander si le rôle de ces sergents ligures n'est pas essentiellement d'assurer par une présence militaire la fidélité de la colonie à la métropole. En second lieu, les colons bonifaciens sont avant tout des marchands. Or tout au long des XIIème et XIIIème siècles une certaine agressivité seigneuriale se manifeste dans l'arrière-pays de Bonifacio (60). D'où la nécessité d'assurer la défense du bourg mais également celle des voies de communication entre la ville gênoise et sa périphérie. Les statuts calvais de 1454 prescrivent de même au premier magistrat de la cité d'entretenir un " cavallero ", bas officier de justice chargé des contraintes et des saisies, et quatre agents qui ne seront pas corses (61). Il reste enfin une dernière obligation qui concerne la gestion financière du podestat. Il s'agit d'une clause établissant sa responsabilité pécuniaire. Le magistrat sortant de charge est tenu de remettre le compte rendu des finances de la commune. On trouve cette disposition en Italie (62) et en France où la reddition annuelle des comptes est une tradition de la gestion communale (63). A Bonifacio, le podestat sortant de charge est tenu de remettre aux vérificateurs des comptes de la commune de Gênes le compte rendu des condamnations prononcées et des gages reçus (64). On retrouve cela bien plus tard à Bastia vers 1588 (65). De plus, le nouveau podestat est personnellement tenu de vérifier les comptes de son prédécesseur (66) et d'examiner les informations écrites qu'on lui communiquerait sur tous les abus dont celui-ci aurait pu se rendre coupable, ainsi que ses gens (67). A Bonifacio, plus précisément, la méfiance à

(54) G. Petti Balbi, *Genova e Corsica nel Trecento*, Roma, ed. Palazzo Borrmini, 1976, p. 84.
(55) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 12 : C'est le conseil qui décide où le podestat ira habiter. De plus, s'il part à la chasse il ne pourra s'absenter qu'après le lever du soleil et devra être rentré avant la tombée de la nuit (Ibid, cap. I. § 10).
(56) Statuts de Calvi, 1454, cap. VII : "Item quod communitas predicta Calvi teneatur edificare domum condecentem pro habitatione potestatis Calvi...".
(57) Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 35.
(58) - Y. Renouard, Les villes..., op. cit., p. 244.
- P. Tosi et C. Manzoni, op. cit., p. 108.
(59) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 2.
- Ces sergents sont également soumis à l'obligation de résidence (Ibid, cap. I. § 10 : "...et taliter tunc quod infra dies XV sit reversus nisi quantum justo dei impedimento remanserit...").
(60) J.A. Cancellieri, *Gênes en Corse et en Sardaigne au XIIIème siècle*, op. cit., p. 226.
(61) Statuts de Calvi, 1454, cap. VI : "Qui tamen potestas tenere debeat cavallerium unum idoneum et famulos quatuor, qui non sint corsi, idoneos".
(62) Bognetti, op. cit., p. 36.
(63) Cf. P. Viollet, *Histoire des Institutions...*, tome III, op. cit., p. 134 ; J.L. Mestre,Introduction historique au droit administratif..., op. cit., p. 63.
(64) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. II. § 2 : "Et teneatur potestas dicti loci postquam Januam redierit finito suo officio et scriba cum eo infra mensem reddere racionem duobus constitutis super racionibus communis audiendis, de condempnacionibus quas fecerit et de pignoribus bandorum et de vintenis...".
(65) Convention établie par le Gouverneur de la Corse en 1588, indexée aux statuts de Bastia, cap. I : Il est fait obligation au podestat sortant de fournir ses comptes au podestat entrant en fonction.
(66) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 18.
(67) Ibid.

l'égard du podestat en titre reparaît alors avec l'obligation dans laquelle il se trouve de placer ces informations dans une lettre scellée, remise aux anciens de la commune, et destinée à être envoyée par eux au Doge et au Conseil de Gênes (68).

Outre ces obligations, les statuts prescrivent au podestat toute une série d'interdits qui sont autant de limites à son pouvoir et que l'on trouve déjà en Italie (69). Ces limites apparaissent pleinement dans les différents statuts bonifaciens du XIIème au XIVème siècle. Mais une évolution se précise à partir du XVème siècle dans les statuts de Calvi, de Bastia, beaucoup plus favorables à l'institution podestataire que les vieux chapitres bonifaciens.

Les interdits qui pèsent sur le podestat bonifacien et qui grèvent sa charge sont en fait motivés par une extrême méfiance à son égard.

La première des craintes est celle d'une atteinte aux franchises urbaines et aux libertés bonifaciennes. Dès 1195, les statuts établissent plusieurs interdictions. Le podestat ne peut ainsi s'absenter durablement de la ville (70). Il doit veiller chaque soir à la fermeture des portes (71). De même, si un navire non gênois se présente devant le port, le podestat ne pourra permettre à plus de dix hommes d'entrer dans la cité (72). Dans le texte de 1388 il est précisé que c'est " accompagné des Anciens " que , chaque soir, il doit aller fermer la porte de la ville (73), puis qu'il doit remettre les clefs aux Anciens qui en sont les co-dépositaires (74). S'il doit la réouvrir avant l'aube, c'est avec le consentement des Anciens et en présence de dix autres habitants de Bonifacio de bon renom et de condition honorable (75). Par ailleurs, le choix des hommes de guet lui échappe (76) afin vraisemblablement qu'il ne puisse tenter un coup de force en s'appuyant sur eux. Il ne peut molester ou faire molester aucun habitant (77) et ne peut décider seul du bannissement d'un des membres de la communauté (78).

Le second motif de méfiance révélé par les statuts bonifaciens tient à l'éventuelle vénalité du podestat et donc aux risques de corruption du premier magistrat de la cité. Dès 1195, il s'est vu interdire toute association commerciale avec un sergent ou un bourgeois bonifacien, ainsi que toute vente d'un montant excédant la valeur de vingt sous (79). Il ne peut toucher à la solde des sergents (80)

---

(68) Ibid.
(69) Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 34 à 36.
- A. Marongiu, Storia. ., op. cit., p. 84.
(70) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 10 : "Similiter non dabo nec dari faciam licenciam alicui potestati ullo modo recedendi a castri custodia nisi iusto dei impedimento vel gravi infirmitate remanserit...".
(71) Ibid, cap. I. § 14.
(72) Ibid, cap. I. § 24.
(73) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 5 : "...cum dictis antianis...".
(74) Ibid, cap. 22 : "Item quod antiani supradicti teneantur et debeant ire quolibet sero ad claudendum portam dicti castri cum potestate et secum deferri vel portari facere claves dicte porte quas tenent...".
(75) Ibid, cap. 5.
(76) Le texte de 1388 pose deux règles : En premier lieu, le podestat ne permettra à aucun de ses familiers ou à un étranger de faire la garde sans le consentement des anciens (Ibid, cap. 7), ce qui réserve normalement ces fonctions aux seuls citoyens bonifaciens; en second lieu, chacun de ceux-ci est dans l'obligation périodique d'effectuer le service d'estage suivant un ordre qui échappe en principe au podestat, le remplacement n'étant que très rarement permis et encore sous le contrôle des anciens (Ibid, cap. 7 in fine).
(77) Ibid, cap. 15 ; "non offendat seu manualiter percutiat aliquem de Bonifacio".
(78) Ibid, cap. 15 in fine.
(79) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 6 : "Compellam quoque potestatem iurare quod alicui servienti bonifacii nec burgensi qui soldos a communi habeat pecuniam suam vel alienam non det in societatem vel accomododacionem seu alio quovis modo non vendat alicui predictorum in toto anno quod soldorum XX quantitatem excedat...".
(80) Ibid, cap. I. § 22 : "Soldos quoque serventium bonifacii per quemdam ex scribis communis vel alteram idoneam personam et legalem, sed non per potestatem...".

et n'a pas le droit de dispenser du paiement des amendes (81). Les statuts de 1321 interdisent au podestat de manier le produit des condamnations et lui enjoignent de verser les gages entre les mains des caissiers de la cité (82). Dans le texte de 1388 il lui est même défendu d'accepter des invitations à un repas ou d'être parrain d'un membre d'une famille bonifacienne (83). Il ne peut faire couper que le bois nécessaire pour son usage et celui de sa famille (84).

Ces obligations et ces interdits font de la podestatie une charge lourde et dangereuse et permettent de penser que des avantages du type de ceux dont bénéficiaient les administrateurs municipaux à la même époque en France devaient être concédés par Gênes au podestat "colonial" pour qu'il accepte cette charge : forte rémunération, exemption fiscale (85), retenue d'une partie des amendes prononcées (86). Le silence des statuts insulaires ne permet cependant pas d'évaluer avec précision leur nature et leur étendue.

LES PRÉROGATIVES JURIDICTIONNELLES DU PODESTAT

En Italie du nord le podestat était chargé de rendre la justice, ce qui était considéré comme sa principale fonction (87). Il avait des compétences très étendues puisque les textes précisent qu'en tant que "iudex ordinarius" il avait juridiction sur toutes les causes civiles et criminelles (88). Les statuts de Modène de 1284 attestent de l'étendue des compétences du podestat italien en matière de justice : il disposait d'un pouvoir discrétionnaire quant à la connaissance des causes, quant aux poursuites et aux condamnations (89).

En Provence, le podestat urbain remplit également les fonctions de juge ou du moins il contrôle très largement la justice. Il en est ainsi en Arles où la justice est rendue pendant la période podestataire (1220 à 1236) par un juge de première instance que le podestat amène avec lui (90). A Marseille, le podestat est assisté d'un

---

(81) Ibid, cap. I. § 35

(82) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 21 : "Item quod omnes condempnaciones que fient per potestates et rectores dicti castri non debeant pervenire id quod recipere debebit ad manus potestatis sed debeant pervenire ad manus massariorum communis bonifacii et expendere ad voluntatem consilii communis bonifacii".

(83) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 9 : "Item non possit dictus potestas durante tempore sui officii invitare vel convivare ad prandium vel ad cenam seu ad aliquod convivium aliquem de Bonifacio... nec se compatrem facere ...".

(84) Ibid, cap. 18 : la prohibition est assortie d'une amende pénale de cinq livres en écus gênois pour chaque contravention, accompagnée de l'obligation de restituer la valeur du bois coupé.

(85) J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, op. cit., pp. 65-66.

(86) R. Grand, "Justice criminelle, procédure et peines dans les villes aux XIIIème et XIVème siècles", *Bib. École des Chartes*, Tome CII, Paris, Lib. Didier, 1941, p. 92.

(87) Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 40 : "...la funzione giudiziaria fu sempre riguardata come precipua sua competenza...".

- Les statuts de Sassari précisent que le podestat exerce la juridiction civile et criminelle : "Egli esercitava la giurisdizione civile e criminale e suo compito era adoperarsi perché le sentenze fossero esattamente eseguite" (F. Artizzu, op. cit., p. 170).

- Au moyen-âge les fonctions administratives et judiciaires sont confondues.

(88) Cité par Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 40 : "...merum et mixtum imperium et gladii potestatem, et jurisdictionem plenariam definiendi omnes causas civiles et criminales".

- L'invocation du concept d'"imperium" atteste en tout cas le rôle créateur des cités italiennes dans la renaissance du droit romain (A. Gouron, "Diffusion des consulats méridionaux et expansion du droit romain aux XIIème et XIIIème siècles", op. cit., p. 54) qui pénètre en Provence au XIIème siècle (A. Gouron, "Les étapes de la pénétration du droit romain au XIIème siècle dans l'ancienne Septimanie", Annales du Midi, tome 69, 1957, p. 103 ; M.L. Carlin, *La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XIème -XIIIème Siècle)*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 5).

(89) Bognetti, op. cit, p. 41 : "Potestas habeat liberum et merum arbitrium in inquirendo, cognoscendo et per omnem modum investgendo, condempnando et exsequendo".

(90) L. Stouff, op. cit., p. 307.

juge du Palais ou "juge mage" et d'un "juge des premières appellations", recrutés à l'extérieur (91).

La fonction judiciaire des podestats en Corse est également très importante. D'ailleurs, le plus ancien texte insulaire mentionnant l'institution podestataire , en l'occurrence les statuts bonifaciens de 1195, parle d'un podestat et juge ("potestatem et judicem") (92).

- En ce qui concerne les compétences rationae materiae des podestats urbains insulaires, elles s'étendent en général aux affaires civiles et criminelles. Le podestat de Bonifacio rend la justice tant au civil qu'au criminel (93). Il en est de même à Calvi où le podestat a l'exclusivité en matière criminelle (94). A Bastia, les pouvoirs judiciaires du podestat paraissent très larges, tant au civil qu'au criminel (95). Cependant, dès lors qu'il choisit de poursuivre, le Gouverneur de la Corse est juge criminel de première instance et pratique ainsi une sorte d'évocation de l'affaire (96).

A la différence des statuts communaux, les statuts seigneuriaux limitent les pouvoirs judiciaires des podestats. Ceux de San Colombano (1348) précisent ainsi que les podestats jugent en première instance les affaires civiles ne dépassant pas 25 lires et les litiges criminels sanctionnables d'une amende du même montant (97). Tout laisse présager que les cours de justice podestataires, présentes dans les seigneuries, s'inséraient dans une hiérarchie judiciaire étroite de type féodal. En ce qui concerne les podestats de la "Terra di commune" leurs prérogatives en matière judiciaire sont assez mal définies. Parfois, les podestats de pieve n'y jugeaient définitivement que les petites affaires, jouant dans leur commune un rôle de "juge de paix" en arbitrant les différends (98). Cependant, les "capitula Corsorum" concédés à l'île par l'Office de Saint-Georges (99) en 1453 disposent que les podestats de pieve peuvent "juger tout litige existant et susceptible de se produire" (100).

En ce qui concerne la compétence ratione personae, le silence des statuts laisse penser que le podestat connaît des procès entre habitants du bourg. Une

---

(91) C. Bruschi, "Note sur l'organisation judiciaire et la procédure civile à Marseille (depuis 1253 jusqu'au début du XIV ème siècle)", *Société d'Histoire du droit et des Institutions des Anciens Pays de droit Écrit*, fascicule XI, 1980, p. 66.

(92) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I.

(93) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 1 : "... et cuiuslibet ipsorum iura et unicuique tam in civilibus quam in criminalibus...".

(94) Statuts de Calvi, 1454, cap. III : "Qui potestas solus in criminalibus...".

- Cette étendue des compétences tranche nettement avec le cas des consulats provençaux dont la situation est beaucoup plus diversifiée. Si l'on prend l'exemple de la communauté de Reillane, on s'aperçoit que les consuls et le juge élu peuvent exercer toute juridiction sauf sur les "causes relatives aux biens et celles où l'accusé sera passible de la peine capitale ou d'une mutilation" (R. Collier, "Le consulat de Reillane au début du XIIIème siècle", *Provence historique*, tome VIII, fascicule 34, 1958, p. 216). De même à Salon, la justice criminelle était dévolue au viguier (R. Brun, *La ville de Salon au Moyen-âge*, Aix-en-Provence, Imp. universitaire de Provence,1924, p. 150).

- A l'inverse, les grandes républiques provençales disposent d'une juridiction complète en matière criminelle (J.M. Carbasse, *Consulats méridionaux et justice criminelle*, Thèse droit, Montpellier, 1974, p. 133).

(95) Statuts de Bastia, 1484, cap. II. § 2 : "... e così in le cause civili come criminali...".

(96) Ibid. : "... salvo se la criminali saran prima procedute per il Magnifico Governatore...".

(97) Statuts de San colombano, 1348, cap. LXXII, cité par A. Leca, L'esprit du droit corse, op. cit., p. 141.

(98) P. Emmanuelli, *Recherche sur la Terra di Comune...*, op. cit., p. 58.

- Selon M.F. Martelli, le podestat ne jugeaient que les affaires civiles n'excédant pas 4 lires (*Ghisoni - Monographie des communes de Corse*, ed. des Archives départementales de la Corse, 1960, p. 329).

(99) En 1453, Gênes, affaiblie par sa lutte contre Venise, cède ses droits sur la Corse à la Banque de Saint-Georges fondée au XIIème siècle qui gérait les créances de la République gênoise et qui constituait alors un véritable État dans l'État gênois (P. Arrighi, *Histoire de la Corse*, op. cit., p. 42 ; R. Emmanuelli, "L'implantation gênoise", *Histoire de la Corse*, (ouv. coll.), Toulouse, Privat, 1971, p. 195-196).

(100) R. Emmanuelli, "Le pacte de 1358.....", op. cit., p. 42.

disposition des chapitres bonifaciens fait ainsi obligation au podestat de juger les affaires qui opposent des membres du bourg (101). Et même si le procès est intenté par un gênois, il doit se dérouler en première instance à Bonifacio sous l'égide du premier magistrat (102). A Calvi, les statuts ajoutent que le podestat aura seul le droit de juger les procès entre étrangers, entre un étranger et un habitant de la ville (103), étant précisé que les Corses ne sont pas considérés comme les autres étrangers (104).

- Il convient ensuite de préciser quel est le droit applicable par le podestat en matière juridictionnelle. A Bonifacio en 1195, dans les premiers temps de l'occupation gênoise, le podestat doit rendre la justice exclusivement d'après le droit gênois (105). Par la suite, tout indique que les colonies ont intégré dans leurs statuts un embryon de procédures civiles et criminelles que le juge peut utiliser. Mais dans le silence de ces statuts, il doit se référer au droit applicable en métropole, qu'il s'agisse des statuts de Gênes ou du droit romain. En effet, depuis 1229, la République est dotée d'un corps de statuts civils et criminels compilés par le juriste bolognais Jacopo Baldovini (106).

Les chapitres bonifaciens de 1388 prévoient qu'en cas d'imprécision de leur part sur le fond de l'affaire le podestat doit juger d'après le droit romain (107). A Calvi en 1454, dans la même situation, le podestat doit se référer aux statuts de Gênes (108). A Bastia en 1484, le podestat juge à son gré selon les propres chapitres de la commune, selon le droit gênois ou selon le droit romain (109). La référence tardive au droit romain dans les statuts communaux (pas avant 1388) ne signifie nullement qu'il ait été ignoré jusque là. Selon toute probabilité, on faisait appel au droit savant en cas de défaillance des statuts de Gênes. On peut toutefois se demander si les podestats avaient les connaissances juridiques suffisantes pour utiliser les solutions du droit romain.

- En ce qui concerne la procédure suivie et les pénalités, elles demeurent mal définies par les différents statuts corses. En effet, la procédure suivie en matière pénale devant le tribunal podestataire (110) reste obscure et tout laisse penser qu'elle ait été de type accusatoire (111). Il est permis de penser que la procédure accusatoire ait donc été revendiquée comme un privilège par les colons. Cependant la mention de

(101) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 9 : "...sed illa racio debeat diffiniri in curia castri bonifacii per potestatem dicti castri".
(102) Ibid. : "Item quod aliquis burgensis et habitator per aliquem potestatem vel rectorem non possit constringi ad eundum Januam et districtum seu ad aliquam aliam partem communis Januae et fidelium imperii ad faciendum racionem alicui januensi sive alicui alie persone...".
(103) Statuts de Calvi, 1454, cap. V : "Item quod dictus potestas Calvi solus habeat jurisdictionem et baliam audiendi, terminandi et diffiniendi omnes lites, causas et questiones vertentes inter alienigam et alienigam et inter alienigam et calvensem...".
(104) Ibid : "... non intelligendo alienigam Corsum...".
(105) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 37 : "... capitula et consuetudines civitatis Janue..."
(106) V. Piergiovanni, "Il diritto genovese e la Sardegna", in "Gli Statuti Sassaresi", op. cit., p. 215. ; Y. Renouard, Les villes d'Italie..., op. cit., tome I, p. 244.
(107) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 1 : "... secundum capitula et ordimenta dicti castri Bonifacii facta et fienda... et ubi dicta capitula deficerent secundum iura romana...".
(108) Statuts de Calvi, 1454, cap. III : "... et ubi desint capitula Calvi non excedendo formam capitulorum Januae in quantitatibus condemnationum, forestationum et multarum".
(109) Statuts de Bastia, 1484, cap. II. § 2 : "... di giudicare assolvere e condannare secondo che meglio li parera convenire...".
(110) Dans l'Ile, le tribunal du podestat porte souvent le nom d'"arringo" (A. Leca, op. cit., p. 43).
(111) Sur la proédure accusatoire, cf. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en france*, 1882, reproduction anastatique, Francfort, Verlag Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 43 à 66.
- J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, p. 88.

la pratique de la torture dans les chapitres bonifaciens (112) introduit une contradiction flagrante au sein des statuts corses, et laisse croire qu'une évolution en faveur de la procédure inquisitoire était en cours (113). Le silence des statuts à ce sujet et l'absence d'actes de la pratique ne permet pas d'en définir les étapes et les caractères.

Les statuts sont également peu prolixes quant à la composition des cours podestataires et la forme des jugements. Ainsi dans le cadre de sa mission de justice, le podestat de Bonifacio devait tenir deux matinées par semaine " une audience générale et écouter indistinctement tous ceux qui auront à se plaindre d'un officier ou d'une personne quelconque " (114). Ces audiences avaient lieu en présence des Anciens (115). Le podestat bastiais jugeait sans le conseil des Anciens mais quatre hommes élus parmi les plus notables l'assistaient dans sa mission de juge (116). Enfin à Calvi, et seulement en matière civile, le podestat était assisté de "consuls" (117).

En ce qui concerne la forme des jugements en revanche, les différents statuts n'apportent pratiquement aucune information. Ils se bornent à établir que les condamnations ou les acquittements prononcés par le podestat le sont généralement en audience publique (118).

Enfin les statuts sont étonnamment obscurs sur les peines encourues en cas de condamnation tant au civil qu'au criminel. Ils mentionnent assez souvent les amendes (119) qui restent la peine classique au moyen-âge, employée pour tous les délits et pour certains crimes ne présentant pas trop de gravité (120). A l'inverse, ils font peu de cas d'une des peines les plus graves de l'époque (121), le bannissement (122). D'ailleurs, au sujet des amendes, l'existence de tarifs fixes limite singulièrement l'hypothèse d'un pouvoir arbitraire du podestat en matière de justice

---

(112) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 19 : "Item non possit... ad tormentum iudiciis non precedentibus aliquibus".
- Sur l'apparition de la torture dans la procédure des pays de droit écrit, cf. J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 94 à 104.
(113) Selon A. Laingui, "la procédure criminelle méridionale, de même d'ailleurs que celle des villes italiennes, sous l'influence de la renaissance du droit romain... avait, avant la réglementation pontificale de la procédure inquisitoire, repoussé la procédure accusatoire..." ("Accusation et inquisition en pays de coutumes au moyen-âge (XIIIème - XVème siècle)", *Études offertes à Pierre Jaubert*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 412).
- Cf. également J.M. Carbasse, *Introduction historique...*, op. cit., p. 133 : "C'est dans les villes italiennes et provençales que la procédure d'office a d'abord reparu, à partir du droit romain retrouvé".
- R. Grand cite le cas des villes d'Auvergne où la procédure imquisitoire reste rare à la fin du XIIIème siècle ("Justice criminelle...", op. cit., p. 87).
(114) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 3 : "...et generalem audentiam prebere unicuique conqueri volenti de aliquibus officialibus vel de aliqua alia persona...".
(115) Ibid : "...et ibi una cum antianis dicti castri...".
(116) Statuts de Bastia, 1484, cap. II. § 4 : "Item han deliberato, statuito ed ordinato che ogni anno in Calende di maggio debbano eleggere quattro uomini da beni delli piu principali migliori...".
(117) Statuts de Calvi, 1454, cap. IV : "Item in dictos massarios pervenire debeant omnes condemnationes, forestationes et multe fiende per dictum potestatem et consules in civilibus...".
(118) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I. § 27 : "... et quod condempnaciones vel absoluciones in publico parlamento ex officio faciat".
(119) Ibid, cap. I. § 21 : "Teneatur quoque ipse potestas quod quicquid habuerit de vintenis et bannis eciam peccuniariis et quicquid exegerit...". Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 49 ; Statuts de Calvi, 1454, cap. IV.
(120) R. Grand, *Justice criminelle, procédure et peines dans les villes aux XIIIème et XIVème siècles*, op. cit., p. 91-92.
(121) J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*,op. cit., p. 223-224.
(122) *Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 19* : "Item non possit vel ei liceat aliquam personam de Bonifacio vel ibidem habitantem forestare seu in banno ponere...".

(123). Les statuts bonifaciens de 1388 n'y font référence que dans un seul cas : celui du refus du serment de fidélité à Gênes de la part des colons. Le podestat fixe lui-même les peines (124). Ces indices sont trop minces pour conclure à l'existence d'un droit arbitraire podestataire. Or il s'agit là d'une contradiction flagrante avec l'évolution de la justice continentale où l'arbitraire pénal est pratiqué dès le milieu du XIIème siècle (125). A cette époque notamment les juges gênois abandonnent les tarifs coutumiers et se reconnaissent le droit d'arbitrer les peines (126). Sans doute faut-il voir dans les colonies gênoises le souci qu'ont les colons de garantir leurs franchises par la limitation voire l'extinction de l'arbitraire du podestat. Cette attitude correspond à celle qui s'est manifestée aux origines du mouvement communal sur le continent, les premières chartes de franchises limitant le pouvoir judiciaire du seigneur en lui imposant un tarif de peines fixes (127).

Soucieux de préserver les libertés et les franchises des citadins, les statuts municipaux s'étendent à l'inverse sur les recours interjetables contre les sentences podestataires. Les statuts bonifaciens mentionnent la possibilité de l'appel dès 1195. L'appelant a six mois pour porter l'appel devant le podestat de Gênes, et le magistrat insulaire est tenu de faire remettre au justiciable ainsi qu'au juge gênois une copie de tous les actes du procès ou de la condamnation (128). Les statuts de 1321 permettent à tout habitant de Bonifacio d'appeler librement à la commune de Gênes de toute sentence du podestat et reprennent les conditions de forme établies en 1195 (129). Les chapitres de 1388 permettent aux citoyens bonifaciens de faire appel au Doge et au Conseil de Gênes de toutes les condamnations prononcées par le podestat dans un procès criminel (130). A Calvi, pour une condamnation dépassant 25 lires, si le procès a lieu entre étrangers, on pourra appeler de la sentence du podestat à l'Office de Saint-Georges ou au Gouverneur, au gré de l'appelant (131). Pour les procès entre un étranger et un citoyen calvais, ou entre citoyens calvais, on ne pourra en appeler qu'à l'Office (132). Enfin, à Bastia il est possible de faire appel devant le Gouverneur (qui réside dans cette cité) ou bien devant l'Office de Saint-Georges (133), dans un délai de 30 jours (134).

L'étendue exceptionnelle des compétences juridictionnelles des podestats des colonies urbaines ne peut se concevoir qu'au vu de leur fonction d'agent de la république ligure. Les tribunaux podestataires des villes précitées présentent donc une indéniable spécificité par rapport à la tradition judiciaire proprement insulaire.

---

(123) Sur l'arbitraire des juges Cf. B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIIIème au XVIIIème (doctrines savantes et usages français)*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 11 à 16 : B. Schnapper précise que la poussée de l'arbitraire est concomitante à la pénétration du droit romain (p. 15).
- Selon J.M. Carbasse, le principe de l'amende arbitraire est déjà posé dans les statuts provençaux dès le XIIème siècle (*Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 234).
(124) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 38 : "... sub pena et penis arbitrio dicti potestatis imponendis transactis dictis...".
(125) J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 169.
(126) Pertile, *Storia del diritto italiano*, tome V, p. 393.
(127) J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 168.
(128) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. II.
(129) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 6 : "Item quod quilibet burgensis et habitator bonifacii possit... se appellare ab omni condempnacione... ad commune Ianuae... et habeat sex mensium secundum formam capituli".
(130) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 49 : "Item quod liceat hominibus de Bonifacio appellare ad magnificum dominum ducem et consilium a quibuscunque condempnationibus pecunie fiendis per potestatem bonifacii occasione alicuius processus criminalis".
(131) Statuts de Calvi, 1454, cap. V.
(132) Statuts de Calvi, 1454, cap. V : "Et similiter appellari possit ad prelibatum magnificum officium Sanctigeorgii a sententiis proferendis per potestatem et consules Calvi".
(133) Statuts de Bastia, 1484, cap. II. § 2 : "...si possi... appellare al Magnifico Governatore... sive al prefato Magnifico Offizio...".
(134) Ibid : "...infra giorni 30...".

II - L'ORIGINALITÉ DE L'INSTITUTION INSULAIRE

Certains caractères propres à l'institution insulaire suggèrent une originalité par rapport à la tradition italienne. Cette originalité tient en grande partie au fait que l'établissement de la podestatie dans les colonies a eu des causes différentes de celles qui marquent son avènement sur le continent et notamment à Gênes (135). Le podestat s'affirme ainsi comme une institution de type "colonial". De plus, solidement tenues par la Superbe, les colonies urbaines ont par ailleurs échappé aux conflits qui ont secoué l'île et leur fidélité n'a jamais été remise en cause malgré l'état de rébellion endémique qu'a connu la Corse durant la domination gênoise (136). Par ailleurs, selon toute vraisemblance , on assiste à un mouvement d'autonomie municipale dans le cadre de ces villes à statuts, limité il est vrai par les impératifs de la fidélité due à la métropole, mais qui influe cependant sur la nature de la podestatie. De fait, une certaine spécificité s'exprime à travers les conditions d'investiture du magistrat et surtout par la limitation des attributions administratives de celui-ci.

LA SPÉCIFICITÉ DES CONDITIONS D'INVESTITURE

Cette spécificité se révèle à la fois en ce qui concerne l'origine géographique et le mode de désignation du podestat.

Généralement dans la législation statutaire en vigueur en Italie, le podestat est un étranger à la cité (137). Tel est le cas à Gênes à partir de 1217 (138) et à Pise depuis 1222 (139). Les statuts de Sassari prévoient aussi que le podestat soit désigné parmi les étrangers (140). A Marseille, durant la période podestataire, le podestat a toujours été un étranger, très souvent d'ailleurs d'origine italienne (141). Cette règle générale en Provence comme en Italie paraissait propre à écarter, soit les intrigues locales, au moment de l'élection, soit, après la désignation du magistrat, certaines complaisances administratives (142). Or on ne la retrouve pas en Corse où la qualité d'étranger n'est pas une condition requise pour l'accès à la podestatie. En effet, les statuts de Bonifacio de 1321 précisent que le podestat doit être " citoyen de Gênes" (143). De même les statuts calvais de 1454 disent que ce magistrat doit être " un

---

(135) Le conflit guelfes-gibelins ne semble avoir eu aucune répercussion politique à l'intérieur des villes gênoises de la Corse; il est tout juste mentionné par les statuts bonifaciens de 1321, cap.19 : " Si Dieu rétablissait la paix à Gênes entre les partis guelfe et gibelin, qu'à la conclusion de cette paix tous les réglements, immunités, franchises et statuts de Bonifacio soient approuvés et confirmés".

(136) Les villes gênoises ne sont pas touchées par la révolte populaire de 1358 (P.Arrighi, *Histoire de la Corse*, op.cit., p.31); elles bénéficient d'une relative stabilité lors du conflit entre Gênes et le royaume d'Aragon jusqu'à la prise de Calvi en 1420 par les aragonais (mais la place est libérée peu de temps après) et le siège de Bonifacio dégagée par une escadre gênoise en janvier 1421 (pp.37-38).

(137) A. Marongiu, Storia del diritto..., op.cit., p.83.

- Bognetti, "Appunti sul podesta", op.cit., p.29.

- L. Cerri, "Della instituzione del podesta nel comune di Piacenza", *Archivio storico per le province Parmenzi*, 1908, p.202 : "Egli (le podestat) poi doveva essere forestiero perche libero da ogni dipendenza delle camarille locali...".

- Au Bas-Empire romain, aucun fonctionnaire ne devait être envoyé dans la province dont il était originaire (Code de Justinien, XII, LX, De diversiis officiis, 3).

- L'ordonnance royale de 1303 consacre en France un principe analogue pour les baillis et sénéchaux ainsi que pour les prévôts et viguiers (P. Viollet, op. cit., tome III, p. 105).

(138) Y. Renouard, Les villes d'Italie..., op. cit., p. 243.

(139) Ibid., p. 205.

(140) F. Artizzu, "Le strutture politico-amministrative del Commune di Sassari attraverso la lettura degli Statuti", in *Gli Statuti Sassaresi*, op. cit., p. 170.

(141) V.L. Bourrilly, Essai sur l'histoire politique..., op. cit., p. 83.

(142) P. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, op. cit., p. 104.

(143) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 13 : "Item quod in castro bonifaci non possit venire aliquis rector seu potestas nisi civis Januae...".

citoyen honorable de la ville de Gênes " (144). Or Bonifacio comme Calvi sont des communes peuplées par des colons jouissant du droit de cité gênois. Dans la mesure où le podestat est d'origine ligure il ne peut être considéré comme un étranger. Les statuts bastiais de 1484 vont même plus loin dans la rupture avec la tradition italienne. Le podestat y est choisi parmi les bourgeois de la cité (145).

Le mode de désignation du podestat insulaire présente également de sérieuses singularités. En effet, les podestats italiens font dans la plupart des cas l'objet d'une "electio" (146). Cependant les modalités de celle-ci varient selon qu'elle relève de la compétence d'un conseil majeur, d'un conseil mineur ou d'une commission spéciale (147). L'élection peut être directe ou indirecte (148). Le procédé de l'élection est repris en Corse mais tout semble indiquer qu'il ait été plus tardif. En effet, les statuts de Bonifacio de 1195 mentionnent un podestat nommé directement par la métropole (149). A l'inverse les statuts de 1321 font état d'une élection (150). Le système électif se généralise par la suite comme le décrivent les statuts de Bastia de 1484 (151). La généralisation de l'élection indique une extension de l'autonomie municipale des colonies auxquelles est conféré désormais le choix de l'agent de la métropole, et reste un indice quant à la stabilité politique dont bénéficient les villes gênoises. Au demeurant, tout porte à croire, malgré le silence des statuts en la matière, que la métropole se réservait le droit de ratifier l'élection du podestat. Par ailleurs, les divers statuts ne précisent pas le mode d'élection ni la composition du corps électoral (152). Seuls les chapitres bonifaciens de 1321 établissent sans grande précision que le Conseil et la commune éliront le podestat (153).

A partir du XIVème siècle l'élection apparaît comme le mode normal de désignation des podestats des colonies gênoises en Corse, mais dans le reste de l'île certains de ces magistrats sont encore nommés directement par le seigneur. C'est le cas du Cap Corse. Les statuts de San Colombano de 1348 font état de podestats

---

(144) Statuts de Calvi, 1454, cap. VI : "Item ut communitas Calvi de cetero habeat probum potestatem civem Januae...".

(145) Statuts de Bastia, 1484, cap. II : "...han eletto e deputato podesta e per podesta l'Egregio D. Antonio Tagliacarne, loro borghese...".

(146) Le terme reste ambigu, car il a le sens de choix (A. Rigaudière, *Saint-Flour ville d'Auvergne au bas moyen-âge*, tome II, Paris, PUF, 1982, pp. 137-138 : l'auteur a remarqué qu'en ce qui concerne la nomination des magistrats urbains au XIVème siècle, le mot "eligere" doit s'entendre dans son sens latin : choisir et non au sens moderne d'élire; ce qui réduit très sensiblement la portée populaire ou démocratique du procédé; cf. également J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, op. cit., pp.59-60).

(147) Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 26 : "E piu tardi, trasformatasi in regolare elezione, fu di competenza del Consiglio maggiore, o di uno dei consigli minori, o di una speciale giunta o balia".

(148) Ibid.

- cf. A. Marongiu, Storia del diritto..., op. cit., p. 84.

- Les statuts de 1211 de la commune de Cannobio font état d'une élection du podestat par l'assemblée générale de la communauté : "Per consilium generale communis Canobii et plebatus eligatur Potestas..." (A. Zammaretti, "I podesta o rettori del libero comune di Cannobio", *Bollettino storico per la provincia di Novarra*, n° 58, 1967, p. 62).

(149) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I : "Ego ad honorem et utilitatem, proffectum et commodum civitatis Januae et ad custodiam Boniffaci usque kalendas aprilis mictam potestatem et judicem...".

(150) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 13 : "...ille potestas qui electus fuerit...".

(151) Statuts de Bastia, 1484, cap. II : "...e per elegerre e deputare il podesta..."

- Statuti confirmati della Bastia, 1563, cap. VII : "...che ogni anno per il podesta e quattro deputati il giorno del primo di maggio che si fa l'elezione di tali officiali...".

(152) Les statuts utilisent toujours des périphrases : "li predetti uomini...han eletto..." (Statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 2), "...si debbano elegerre..." (ibid, cap. II, § 4), "...possano elegerre..." (Statuts confirmés de Bastia, 1563, cap. VII.).

(153) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 13.

désignés par les seigneurs roglianais (154). Il est à noter qu'à partir du XVème siècle, les seigneurs cap-corsins se désignent eux-mêmes comme podestats (155).

Dans les communes dotées de statuts par Gênes, le non respect de la coutume continentale de l'extranéité du podestat renforce ainsi l'idée que ce dernier y est avant tout l'agent de la République (156) dont il doit préserver la législation et les intérêts dans les colonies corses. Si la généralisation de l'élection semble doter la podestatie d'un caractère populaire en l'enracinant davantage dans "l'universitas" urbaine, rien ne permet de conclure à un changement radical de la nature de l'institution. Le passage à l'élection témoigne simplement de la progression de l'emprise gênoise sur la Corse et de la stabilité politique des colonies urbaines. Le podestat y reste l'agent de Gênes. L'évolution constatée au XIVème siècle n'en fait donc pas le chef de la commune. Le cas de Bonifacio est éclairant à ce sujet : c'est un syndic et non pas le podestat qui y est chargé de représenter les droits de la commune dans les procès qu'elle aura à intenter ou à soutenir (157).

La règle de l'élection annuelle en vigueur en Italie (158) et dans certaines communes provençales (159) a-t-elle été retenue en Corse ? Il n'en est aucunement fait mention dans les statuts bonifaciens de 1195 et 1321. A l'inverse, les statuts de 1388 prévoient la possibilité pour le podestat de rester en charge plus d'une année (160). Les statuts bastiais de 1484 ne limitent pas la durée du mandat podestataire (161) et il faut attendre leur réforme de 1546 pour voir apparaître la notion de mandat annuel (162). En revanche, Calvi semble avoir opté pour le mandat annuel non renouvelable (163).

DES ATTRIBUTIONS ADMINISTRATIVES LIMITÉES

Dans les villes de l'Italie du nord, le podestat a hérité des attributions consulaires en matière administrative. Il assure la direction de la politique et de la défense de la cité (164). Ses pouvoirs sont fixés de manière précise par la législation communale (165) mais il demeure l'organe d'exécution suprême et unique de la commune (166). Ses pouvoirs sont développés en matière administrative et dans une

---

(154) A. Leca, *L'esprit du droit corse*, op. cit., p. 41.
(155) Ibid.
(156) A ce titre l'institution bonifacienne de 1195 rappelle le podestat impérial.cf. P. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, op. cit., p. 64.
(157) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 33.
(158) Pise et Gênes élisent le podestat pour un an, mais le mandat est renouvelable (Y. Renouard, Les villes d'Italie, op. cit., p. 203 et p. 243).
(159) C'était le cas pour Arles et Marseille (Bourrilly, *Essai sur l'histoire politique...*, op. cit., pp. 84-85).
(160) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 21 : Il est précisé que personne ne pourra être Ancien plus d'une fois avec le même podestat à moins que les fonctions du podestat ne durent plus d'une année.
(161) Statuts de Bastia, 1484, cap. II.§ 2 : Les statuts parlent d'un bourgeois bastiais élu "...per tutto quel tempo che a lui parera...".
(162) Statuts réformés de Bastia, 1546, cap. III : "Hanno risposto ed ordinato che ogni anno nell'elezione del podesta...".
(163) Dans une requête adressée aux Protecteurs de l'Office de Saint-Georges, l'universitas calvaise avait cependant exprimé le désir de prolonger le mandat podestataire : "Item quod placeat confirmare dominum Brancam Cataneum potestatem presentis loci Calvi pro uno alio anno finito primo similiter discretione...". Cette demande avait été refusée car elle était en opposition avec les réglements statutaires sur la nomination des officiers municipaux (Requêtes annexée aux statuts de Calvi, 1454).
(164) Y. Renouard, Les villes..., op. cit., p. 243.
- Les statuts de Sassari confèrent au podestat le commandement de la milice (Artizzu, op. cit., p. 170).
- Selon Bognetti, le podestat est le chef des milices communales : "il capo dell'esercito cittadino" ("Appunti sul podesta", op. cit., p. 40).
(165) Bognetti, "Appunti sul podesta", op. cit., p. 38.
(166) Ibid, p. 39 : "Il podesta è il supremo organo esecutivo del comune : deve mantenere l'ordine publico, provvendendo all'arresto dei banniti ; deve, con o senza la collaborazione del vescovo,

certaine mesure coïncident avec les attributions comtales (167). En Provence, le podestat, à l'instar de ses homologues italiens, assume l'unité de commandement et de direction. C'est le cas en Arles (168), et à Marseille (169) où durant leur mandat les podestats jouissent d'une totale autonomie d'action (170).

A l'inverse les statuts communaux corses ne dotent pas les podestats de pouvoirs de gestion aussi importants et traduisent ainsi une rupture d'avec la tradition continentale. Moins qu'une véritable autorité administrative (171), le podestat en tant qu'agent de la métropole est essentiellement chargé de veiller à la conformité des actes du gouvernement communal aux statuts concédés par Gênes. A Bonifacio ce gouvernement communal est constitué par un Conseil de cinquante bourgeois et par quatre Anciens (172). A Calvi, on trouve un syndic, trois consuls et un Conseil de neuf membres (173). A Bastia, la commune est administrée par quatre conseillers "principali" (174). En fait, ce sont ces différents organes qui détiennent le véritable pouvoir administratif. Dans ce cadre précis et étroit, le podestat insulaire dispose toutefois d'attributions notables en matière de désignation des administrateurs municipaux, et de prévention des malversations.

Représentant de l'autorité gênoise, le podestat intervient ainsi dans la désignation des gouvernants de la colonie. A Bonifacio, il choisit les membres du Conseil conjointement avec les anciens (175). Chaque année le podestat de Calvi désigne cinquante bourgeois, lesquels en nomment à leur tour quarante, qui figurent sur une liste renvoyée au podestat pour qu'il procède au tirage au sort des magistratures : le syndic de commune, les trois consuls et les neuf membres du Conseil de la ville (176). Par ailleurs, le podestat intervient fréquemment dans la nomination des divers agents de la commune. A Bonifacio, il reçoit leur serment de fidélité (177). A Calvi, il participe à la désignation des caissiers généraux (178). A Bastia lorsque le conseil aura à pourvoir un poste quelconque, le podestat aura deux voix (179).

Responsable de la bonne application de la législation communale, le podestat doit éviter certaines malversations. A Bonifacio les membres du conseil n'ont pas le droit d'exprimer leur avis sur une affaire les concernant personnellement. Le podestat est chargé d'exclure tout conseiller qui serait dans ce cas (180). Les chapitres de 1388 lui demandent de ne pas permettre que l'on procède en Conseil à l'élection de quelque syndic ou député avant que l'on ait préalablement fixé son salaire (181). De plus, il reste le dépositaire de toutes les lettres adressées à la

---

provvedere ai poveri e al regime degli spedali. Gli spetta la direzione o - altrove - il controllo dell'amministrazione finanziaria, sempre però nei limiti statutarii".

(167) Ibid, p. 38.

(168) L. Stouff, op. cit., p. 306-307.

(169) V.L. Bourrilly, op. cit., p. 82.

(170) M. Zarb, op. cit., p. 64.

(171) Cependant dans le Cap Corse, les podestats peuvent prendre des bans ou "bandi" (A. Leca, op. cit., p. 42).

(172) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 21.

(173) Statuts de Calvi, 1454, cap. I et II.

(174) Statuts de Bastia, 1484, cap. II.§ 5.

(175) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 21.

(176) Statuts de Calvi, 1454, cap. I.et II.

(177) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 37.

(178) Statuts de Calvi, 1454, cap. III.

(179) Statuts de Bastia,1484, cap. II.§ 5 : "...abbia il predetto podesta due voci...".

(180) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 26 : "...immo teneatur potestas talem personam a dicto consilio penitus repellere, sub pena sindicamenti".

(181) Ibid, cap. 8 : "Item non permittat dictus potestas vel patiatur quod in consilio fiat electio de aliquo sindico seu ambassiatore nisi prius transactum fuerit salarium dicti ambassiatoris seu sindici postea eligendi".

commune qui ne pourront être ouvertes et lues qu'en sa présence (182). Les mandats de paiement signés par les anciens devront impérativement être contresignés par le podestat (183). Dans le même esprit, à Calvi les caissiers ne peuvent effectuer de paiement sans présentation d'un mandat du podestat (184).

Les statuts municipaux de ces communes mettent par ailleurs en place un véritable ostracisme à l'encontre des personnes d'origine insulaire (185), ostracisme qu'il incombe au podestat de faire respecter. Dès 1195 à Bonifacio, le podestat est obligé de jurer qu'il ne laissera dans la cité pas plus de trente familles corses (186). A Bastia, il faut attendre le XVIème siècle pour que des corses puissent participer aux affaires publiques (187) sans avoir cependant encore accès à la podestatie (188).

En ce qui concerne l'édiction de normes, il apparaît que le droit de ban podestataire (189) reste des plus limités et ne peut en aucun cas transgresser les franchises accordées aux colons. Une fois encore les statuts de Bonifacio se révèlent les plus éclairants. Le podestat ne peut faire aucune innovation, ni imposer aucune charge à un habitant, sans le consentement de la commune (190). Les statuts réformés de 1388 précisent même qu'il ne pourra en aucun cas demander au Conseil ou à la commune des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui auront été accordés par Gênes (191). Ses pouvoirs en matière de police en sont largement réduits puisque, selon les statuts de 1321, il ne peut procéder à certaines incarcérations sans une déclaration conforme du Conseil (192). De même il ne peut faire entrer dans la ville un rebelle ou un banni sans l'accord du même Conseil (193). Dans le domaine de la fiscalité un vote préalable du Conseil est nécessaire pour l'établissement des impôts et des corvées (194) ainsi que pour l'aliénation du patrimoine communal (195). En revanche, s'il ne détient pas de véritable pouvoir d'impulsion, le podestat authentifie les actes des autorités communales et leur confère force exécutoire. En matière de police, il traite concurremment avec les anciens des dénonciations écrites portées contre les anciens officiers municipaux (196). En matière fiscale, il faut l'accord

(182) Ibid, cap. 25 : "...non possint dicti antiani dictas litteras aperire vel legere sine presentia ac voluntate dicti potestatis...".
(183) Ibid, cap. 30.
(184) Statuts de Calvi, 1454, cap. III.
(185) Il n'y a guère que les statuts de Calvi de 1454 qui ignorent un tel ostracisme (Statuts de Calvi, 1454, cap. V).
(186) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I § 19 : "Potestatem quoque castri Boniffaci juramento compellam quod ultra masnatas XXX corsorum in castro Boniffaci habitare non permictat...".
(187) Ordonnance du gouverneur de la Corse datant du 6 juin 1519 indexée aux statuts de Bastia.
(188) Ibid. : "Circa all'elezione dell'altri ufficiali rispondono che i servi il consueto e che ne podesta ne Ufficiali della terra possa essere eletto Corso alcuno ne altro forastiero fuori che Genovesi...".
(189) Ce droit de ban est attesté par les statuts bonifaciens de 1388, cap. 10 : "Il ne fera aucune ordonnance, aucune défense, sans avoir un motif juste et raisonnable" ("nec etiam possit aliquod ordinamentum seu aliquem inhibitionem facere, nisi justa et rationabilis causa exegerit").
(190) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 15 : "Item quod aliquis potestas sive rector bonifacii non possit facer aliquam novitatem...".
(191) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 8 : "nec possit vel debeat aliquis potestas... requirere a consilio... quod sibi concessa fuerit per commune Januae...".
(192) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 16 : "...de istis articulis declaratur semper per consilium communis bonifacii".
(193) Ibid, cap. 25 : "Item quod quilibet potestas... non possit reverti facere intus castrum bonifacii nec ipsum assidere nec veniri facere aliquem rebellem communis..nisi de voluntate consilii communis bonifacii".
(194) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. 11 : "Item quod aliquis potestas bonifacii ... non possit nec debeat facere aliquem cotimum seu imponere aliquam dacitam, prestium aut cabellam nisi de voluntate consilii...".
(195) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 11.
(196) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 18 : "...quam informationem sic receptam teneatur sigillatam et inclusam in litteris ipsius potestatis tradere antianis communis bonifacii mittendam per eos magnifico domino duci et consilio aut sindicatoribus communis Januae".

conjoint du podestat et du Conseil pour que soient exemptés d'impôt les notaires, tabellions, huissiers et crieurs publics (197). C'est également avec son concours que sont délivrées les exemptions de charges personnelles pour cause d'infirmités (198). En matière militaire, il partage avec les anciens la garde des clefs de la ville (199) et la désignation des hommes de guet (200).

*
* *

En définitive, la podestatie des villes gênoises de la Corse se caractérise par la transplantation perdurable d'une institution municipale italienne. Paradoxalement, l'originalité de cette magistrature découle de l'adaptation en milieu insulaire de l'institution italienne et de sa transformation en institution de type "colonial". Il en résulte que le podestat des villes gênoises corses ne peut être assimilé à cette sorte de "bon tyran" désigné par les cités italiennes et provençales pour diriger la commune dans les périodes troublées des XIIème et XIIIème siècles et qui rappelle la dictature romaine. De même l'institution tranche par rapport au podestat de "pieve" (201) que l'on retrouve en tant que premier magistrat de la communauté dans l'ensemble des "pieves" corses jusqu'à la Révolution française (202).

De fait, le podestat demeure dans les colonies gênoises le représentant de la République ligure auprès des organes de l'administration municipale, même s'il subit l'empreinte du mouvement d'autonomie communale qui touche d'ailleurs l'Occident. En effet, les impératifs de la colonisation et l'état de rébellion endémique qui caractérise la Corse exigent le maintien d'un lien très fort entre la métropole et ses places fortifiées.

De plus, les évolutions respectives de la podestatie continentale et de la podestatie insulaire révèlent la spécificité de cette dernière. A partir de la fin du XIIIème siècle, les institutions municipales des cités italiennes connaissent des mutations importantes. Ainsi Gênes connaît l'épisode aristocratique des capitaineries du peuple (203) avant de tomber aux XIVème et XVème siècles sous la domination des princes européens (204). A l'inverse, le pouvoir podestataire accentue son ancrage en Corse. A Bonifacio, les statuts confirmés par l'Office de Saint-Georges en 1453 prévoient la reconduction de tous les droits du podestat (205). Les statuts calvais de 1454 et ceux de Bastia en 1484 mentionnent un pouvoir podestataire, ce qui contrairement à l'Italie atteste la survivance de l'institution en Corse (206).

(197) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 42.
(198) Ibid, cap. 41 : "Item quod delibet persona annorum decem et septem et ab inde infra et quilibet septuagenarius nec non et ceteri alii debilitati in servitio et pro servitio communis Bonifacii sint perpetuo liberi et exempti a personalibus oneribus dicti communis. Et hoc iuxta deliberationem potestatis et antianorum".
(199) cf. supra p. 8.
(200) cf. supra p. 8.
(201) Les podestats des colonies gênoises bénéficient en effet d'un pouvoir judiciaire plus étendu et restent les agents directs de la métropole. cf. supra p. 10.
(202) P. Emmanuelli, op. cit., p. 58; P. Arrighi, *Histoire de la Corse*, op. cit., p. 82.
(203) Renouard, "Les villes d'Italie...", op. cit., tome I, pp.248-249.
(204) Ibid, p. 258.
(205) Chanoine Letteron, "Confirmation par l'Office de Saint-Georges des statuts bonifaciens de 1388", 1453, *Bulletin de la Société des Sciences Historiques et Naturelles de la Corse*, n° 29, 1883, p. 89.
(206) La podestatie est maintenue à Bastia jusqu'au XVIIème siècle (Statuts de Bastia, 1639).

Enfin, tout en conservant nombre de caractères de la tradition juridique italienne, l'institution se montre au cours des siècles perméable à certains aspects de la spécificité insulaire.

Somme toute, la podestatie des villes gênoises de la Corse présente une physionomie originale qui, si elle n'illustre pas l'existence d'un droit municipal spécifique , traduit néanmoins une adaptation du droit gênois et révèle le succès de cette greffe.

- Toutefois, il semble cependant que l'institution ait été progressivement remplacée dans les villes importantes par un conseil ou un comité des citoyens (cf : P. Emmanuelli, *Recherche sur la Terra di Comune...*, op. cit., p. 45). Ainsi les statuts concédés en 1546 à Porto-Vecchio ne mentionnent pas de podestat (Statuts de Porto-Vecchio, 1546).

LE CONSEIL D'ÉTAT DE 1791 ET L'ANNULATION D'ACTES ADMINISTRATIFS POUR ILLÉGALITÉ ET INCONSTITUTIONNALITÉ

Par

Solange SEGALA
Allocataire d'enseignement et de recherche à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Le Conseil d'État, composé du Roi et des ministres, qu'a créé la loi des 27 avril - 25 mai 1791, reste peu connu. Il est vrai qu'il n'a guère laissé de documents : un seul registre, qui concerne la période allant du 29 juin 1792 à la prise des Tuileries, se trouve aux Archives Nationales (1).

Parmi les attributions de cet organe éphémère, a figuré notamment "la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs et la suspension de leurs membres, conformément à la loi", c'est-à-dire selon les art. 32 et 33 de la loi des 15-27 mars 1791, qui avait accordé au Roi ce pouvoir d'annulation et de suspension "sous la responsabilité de son ministre" (2). Aucun exemple d'une telle annulation ne se trouve cependant dans le registre conservé aux Archives Nationales. Celui-ci reproduit seulement le texte d'une proclamation du 11 juillet 1792, confirmant l'arrêté du Conseil du Département de Paris en date du 6 juillet (3). Quant aux autres décisions reportées, elles consistent essen-

(1) Archives Nationales (=A.N.) AF I*1. On peut être certain que c'est l'unique registre qui ait été tenu des délibérations de cet organe, puisqu'il commence par le procès-verbal de son ouverture et qu'il est indiqué très précisément : "Ce premier registre des délibérations du Conseil d'État, contenant trois cents pages, a été remis sur le bureau après avoir été cotté par le Ministre de la Justice à la première et dernière page". Il est fait mention des attributions du Conseil d'État dans le "règlement pour l'exercice des fonctions du secrétaire du Conseil" qui figure aux pages 12 à 17 dudit registre. L'art. 5 de ce règlement reproduit les art. 16 à 18 de la loi des 27 avril-25 mai 1791. Voir *Archives Parlementaires* (=A.P.) 1ère série, T. XXV, séance du 27 avril 1791, p. 359.

(2) Art. 17-2° de la loi des 27 avril-25 mai 1791 ; art. 5 et 7, sect. 2, chap. IV, Tit. III, de la Constitution de 1791.

(3) A.N., AF I*1, p. 34 à 52. Cet arrêté avait suspendu de leurs fonctions le maire et le procureur de la commune de Paris pour avoir concouru à un arrêté municipal entièrement contraire à un arrêté départemental : le Directoire du Département s'était opposé à tout rassemblement aux Tuileries le 20 juin 1792 ; la municipalité, passant outre, avait donné ordre au commandant de la Garde Nationale de réunir sous ses drapeaux les citoyens armés et de les accompagner. On connaît la suite : après avoir forcé les portes des Tuileries, les manifestants défileront pendant trois heures devant Louis XVI et sa famille, exigeant qu'il signe les trois décrets pris par la Législative à l'encontre des émigrés, des prêtres réfractaires et du comte de Provence ; malgré cela, le roi maintiendra son veto. Sur les proclamations royales, Michel Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, P.U.F., coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 78-87, 125-144.

tiellement en des renvois à l'Assemblée Nationale, c'est-à-dire à la Législative (4), ce qui atteste de l'affaiblissement considérable du pouvoir de Louis XVI dans les semaines précédant sa chute.

Si l'on ne trouve aucune trace d'annulation d'actes administratifs dans le registre des Archives Nationales, il est possible de pallier partiellement cette lacune grâce à des documents qui se trouvent aux Archives Départementales des Bouches-du-Rhône. Le principal consiste dans une "Proclamation" du 17 septembre 1791 par laquelle "Sa Majesté a déclaré et déclare nuls lesdits arrêtés pris par ledit Directoire du Département des Bouches-du-Rhône, des 28 juin et 7 septembre du présent mois", après délibération du Conseil d'État (5). C'est pourquoi il apparaît intéressant de commenter cette décision et de contribuer à sortir de l'ombre cette institution, dont la création est souvent citée (6), mais dont l'activité n'a pas fait l'objet d'études spécifiques.

Il convient donc de voir dans quelles circonstances historiques ont été prises les décisions du Département dont le Conseil d'État a été saisi (I) puis d'analyser les motifs de l'annulation de ces décisions invoqués dans la Proclamation du 17 septembre 1791, proclamation à laquelle est jointe une lettre d'accompagnement du ministre de l'Intérieur Delessart (II).

I - LES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DÉPARTEMENTALES ET LA SAISINE DU CONSEIL D'ÉTAT

Deux arrêtés départementaux, en date des 28 juin et 7 septembre 1719, sont concernés par l'annulation du Conseil d'État. Ils interviennent dans un contexte général extrêmement tendu : le gouvernement craint une intervention militaire étrangère ; la fuite de Varennes a brutalement rompu l'apparente collaboration entre le Roi et l'Assemblée Nationale ; mais surtout l'effervescence est grande depuis la promulgation de la Constitution Civile du Clergé et sa condamnation par le Pape. Dans le Midi, "Papistes" et révolutionnaires s'affrontent à Avignon et Carpentras (7) ; l'opposition entre "Blancs" (révolutionnaires) et "Noirs" (royalistes) aboutit fin juillet au massacre des membres du Directoire du Département du Var (8) ; le Gard expulse les prêtres réfractaires. Au sein des Bouches-du-Rhône, la multiplication des troubles à caractère religieux inquiète l'administration départementale qui prend un arrêté à ce sujet le 16 juin (9). Insuffisamment exécuté, celui-ci est bientôt suivi par un deuxième, le 28 juin, lequel sera porté devant le Conseil d'État (A), ainsi que celui du 7 septembre (B).

---

(4) A.N., AF I°1, p. 109, séance du premier août ; id. p. 97-98 et 98-99, séance du 29 juillet.
(5) Archives Départementales des Bouches-du-Rhône (=A.D.) registre L. 39 (délibérations du Conseil du Département des Bouches-du-Rhône), 12è séance, 22 septembre 1791 au matin, f° 31-32.
(6) Cf. J. Lucas de Peslouan, *Histoire de la juridiction administrative sous la Révolution et sous l'Empire*, Thèse, Droit, Paris, 1907, p. 86-88 ; Louis Fougère, *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, CNRS, 1974, p. 17 ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, p. 78-80 ; Pierre Sandevoir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964, p. 167-168.
(7) Voir à ce sujet René Moulinas, *Histoire de la Révolution d'Avignon*, Éd. Aubanel, 1986.
(8) Voir H. Lauvergne, *Histoire de la Révolution Française dans le Département du Var, 1789-1798*, Toulon, 1839, p. 114-115.
(9) A.D., L. 55, p. 187, séance du 16 juin 1791. Le Directoire ordonne la fermeture et la vente comme bien national de toute église non utilisée dans le département pour le culte national. Les ecclésiastiques employés comme chapelains dans les hôpitaux ou les prisons devront être assermentés, de même que ceux chargés de l'enseignement dans les écoles publiques. Le culte non-conformiste sera autorisé uniquement dans des édifices acquis par des particuliers, à condition qu'une inscription indique leur spécificité et que l'on ne tienne aucun discours hostile à la Constitution du Royaume, sous peine de poursuite (application des lois du 26 décembre 1790 et du 6 avril 1791).

A - L'ARRÊTÉ DU 28 JUIN 1791

Obéissant à une directive générale du Ministère de l'Intérieur, cet arrêté du Directoire Départemental -c'est-à-dire de l'organe exécutif du Département (10)- concerne essentiellement les prêtres réfractaires et les églises non paroissiales. Applicable à l'ensemble du Département, il a probablement été provoqué en grande partie par la situation que connaît la ville d'Arles depuis le début juin : celle-ci est devenue le nouveau centre de la contre-révolution provençale après le coup porté en décembre 1790 au parti royaliste aixois (11). L'élection du "patriote" Antonelle (12) à la tête de la mairie en février 1790 n'a pu qu'accroître les occasions d'affrontement entre les partisans de la révolution (les "Monnaidiers") et les contre-révolutionnaires (les "Chiffonistes"). Les incidents éclatent lorsque les "patriotes" chassent de la cité les prêtres réfractaires nîmois qui s'y étaient réfugiés. L'absence de réaction des autorités provoque une violente riposte des royalistes qui, les 9 et 10 juin, s'emparent du club patriotique, ramènent les prêtres expulsés et réorganisent la Garde Nationale (13). On comprend que de tels événements, ainsi que le contexte général du Midi en cet été 1791, incitent l'administration départementale des Bouches-du-Rhône à agir.

L'arrêté du 28 juin comprend deux dispositions principales. D'après la première, "tous les ecclésiastiques ci-devant fonctionnaires publics (14) qui n'ont pas prêté le serment de la Constitution Civile du Clergé ou qui, l'ayant prêté, l'auraient rétracté, seront tenus de se retirer chacun en droit soi, dans le lieu de leur origine, dans les 24 heures à peine d'être poursuivis comme suspects d'avoir voulu porter atteinte à la tranquillité publique" (15). Ainsi, les membres non assermentés du clergé, démis de leurs fonctions à la suite de l'art. 5 du Décret du 27 novembre 1790, sont renvoyés chez eux ; cette mesure est cependant tempérée par le fait que le département se réserve de statuer sur "les cas particuliers qui pourraient exiger exception". Ces exceptions seront d'ailleurs admises en assez grand nombre tout au long de l'été, pour des raisons de santé (16), de charité (17) ou autres (18).

La deuxième disposition ordonne la fermeture de toutes les églises non paroissiales, c'est-à-dire de tous les lieux publics de culte supprimés par la nouvelle

---

(10) La loi confie l'administration départementale à deux corps : d'une part, le Conseil Général, organe délibératif de 36 membres élus au suffrage censitaire, qui ne siège qu'une fois par an, et d'autre part le Directoire du Département, organe exécutif et permanent, composé de 8 membres élus au sein du Conseil. Voir la loi du 22 décembre 1789 (A.P., T. XI, p. 193-194, Art. 1 à 31).

(11) Pour le récit de ces événements de décembre 1790 : A.D. L. 38, 12 et 13 décembre 1790, 43è à 45è séances, p. 410 à 426.

(12) P.A. Antonelle : 1747-1817, maire et président du Club Patriotique d'Arles, soutenu par les révolutionnaires les plus hardis de Provence ; il fut l'un des jurés du Tribunal Révolutionnaire et participa à la conjuration de Gracchus Babeuf. Il mourut après avoir salué le retour... du "Roi légitime" !
Voir F. Pineau, *Le chevalier d'Antonelle*, mémoire de maîtrise d'histoire, Aix, 1979 ; Pierre Guiral, "Le Marquis d'Antonelle", *Provence Historique*, 1955, p. 263-288.

(13) Pour plus de détails sur les événements des 9 et 10 juin 1791 : Arch. Mun. d'Arles, VIII F. 217 ; F. Eymery, *Arles, des débuts de la Révolution au Fédéralisme*, mémoire de maîtrise d'histoire, Aix, 1968, p. 53-54 ; A.D.L. 889, registre de correspondance du Directoire du District d'Arles, T. XI, lettre du 11 juin adressée au Directoire du Département des Bouches-du-Rhône ; Arch. mun. Arles, registre des délibérations municipales D 2, séance du 11 juin, f° 59 et séance du 12 juin, f° 52 à 56 ; Bibl. mun. Arles, Ms. 443.

(14) L'expression "fonctionnaire public" a été d'abord appliquée aux ecclésiastiques (voir Anne-Marie Patault, "Les origines révolutionnaires de la fonction publique", *R.H.D.*, 1986, p. 389-390). Rémunérés par l'État, les ecclésiastiques doivent prêter serment de fidélité en vertu du Décret du 27 novembre 1790. C'est cette exigence qui va provoquer la césure entre clergé jureur ou assermenté et clergé réfractaire ou insermenté, donnant naissance à une contre-révolution à caractère religieux.

(15) A.D., L. 56, f° 57.

(16) *Ibid.*, L. 56, 9 juillet 1791, f° 123.

(17) *Ibid.*, L. 57, 3 septembre 1791, f° 92 (2 cas).

(18) *Ibid.*, L. 56, 3 août 1791, f° 89 et L. 57, 1er septembre 1791.

organisation des diocèses (19). Là encore, le Directoire admet des atténuations au principe puisque des "églises de secours" (20) pourront être ouvertes provisoirement sur son ordre, après avis de l'évêque métropolitain, de la municipalité et des administrateurs du District.

Cet arrêté est probablement bien peu appliqué dans la ville d'Arles puisque le 30 juillet le Directoire ordonne l'exécution des "précédents arrêtés tant sur le culte religieux (21) que sur les ci-devant fonctionnaires publics non conformistes qui ne sont pas de la ville d'Arles (22)".

La paix civile semble cependant ramenée en Arles au cours du mois d'août par l'envoi de deux commissaires départementaux. Mais à peine ceux-ci sont-ils repartis que de nouveaux incidents éclatent (23). La situation s'envenime et les députations se succèdent à tel point que le Directoire se voit contraint de prendre un nouvel arrêté beaucoup plus radical (24).

B - L'ARRÊTÉ DU 7 SEPTEMBRE 1791

L'administration ordonne en premier lieu à tous les citoyens, dans un délai de 24 heures, de déposer "toutes les armes qui sont en leur pouvoir, pour être mises dans un dépôt public" sous la surveillance de la municipalité. De ce dépôt ne pourra être retiré que le nombre de fusils nécessaires pour armer la garde nationale convoquée chaque jour par la mairie pour assurer "le maintien de la tranquillité publique".

En outre, les municipalités du Département devront tenir à la disposition du Directoire 1.200 gardes nationaux prêts à marcher dès la première réquisition. Le lieu-dit de "La Chiffone" -lieu de réunion des contre-révolutionnaires qui leur a valu le surnom de "Chiffonistes"- sera provisoirement fermé et muré "comme ayant été le théâtre des complots" qui ont perturbé la ville. De même, l'Église des Dominicains sera fermée et murée comme étant le lieu de culte où "s'assemblaient les non-conformistes".

Enfin et surtout, la condition du clergé est très nettement aggravée par rapport à l'arrêté du 28 juin : "Attendu qu'il est notoire que les prêtres réfractaires ont eu une grande part aux troubles qui (...) sont arrivés, il sera provisoirement enjoint à tous prêtres ci-devant fonctionnaires publics ou non, séculiers ou réguliers, qui n'ont pas prêté le serment prescrit par la Constitution Civile du Clergé de sortir incontinent de la ville d'Arles et du territoire de son District, jusqu'à nouvel ordre et sans qu'aucun d'eux puisse se dispenser d'obtempérer à cette disposition sous prétexte d'être né dans ladite ville".

Le jour même, et dès qu'ils ont pris connaissance de l'arrêté, les royalistes réagissent et annoncent au Directoire du Département leur intention de "dénoncer" cet acte administratif, tant auprès de l'Assemblée Nationale (25) que du pouvoir exécutif

---

(19) Décret du 11 juin 1791 (A.P., T. XXVII, p. 139).
(20) Notion semblable à celle des églises "succursales" de l'Ancien Régime : voir Jean-Louis Mestre, "La déchristianisation de la Provence au XVIIIème siècle", *Mélanges Dauvillier*, publication de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1979, p. 525-526.
(21) C'est-à-dire l'arrêté précité du 16 juin 1791.
(22) C'est-à-dire l'arrêté précité du 28 juin 1791.
(23) Voir à ce sujet F. Eymery, *op. cit.* ; A.D., L. 289, pièces 51, 54, 56 à 58 ; *ibid.*, L. 889, séances du Directoire de District d'Arles des 4 et 5 septembre 1791 ; échos de ces événements dans les A.P., T. XXXI, séance du 23 septembre 1791, p. 247-252.
(24) A.D., L. 57, f° 105.
(25) *Ibid.*, L. 289, lettre d'Estrangin (un des principaux chefs du parti contre-révolutionnaire arlésien) à Mourret (membre de l'administration départementale), pièce 61 : "Le département ne nous a pas rendu justice, nous irons à l'Assemblée Nationale".

(26). Informée de l'affaire par une dépêche du Directoire départemental (27), la Constituante décrète, le 17 septembre, "le renvoi au pouvoir exécutif" (28). De son côté, le Ministre de l'Intérieur Delessart reçoit "les plaintes d'un grand nombre de citoyens de la ville d'Arles", plaintes qu'il renvoie également au "Roy en son conseil" (29). Celui-ci va donc pouvoir se prononcer sur la validité de ces actes administratifs, en exerçant le pouvoir hiérarchique qu'il détient, comme chef de l'administration (30), sur la base des articles précités de la loi des 15-27 mars 1791, repris dans la Constitution du 3 septembre 1791 (31). Il va le faire, conformément à la loi des 27 avril-25 mai 1791 (32), après "discussion" au sein du Conseil d'État.

(26) Voir la pétition du 10 septembre 1791, adressée par des habitants d'Arles à l'administration municipale déclarant l'arrêté du 7 septembre "comme fondé sur des motifs faux et calomnieux, comme contenant un abus intolérable de pouvoir, comme contraire aux décrets de l'Assemblée Nationale" et annonçant leur intention de "dénoncer ledit arrêté à l'Assemblée Nationale et au pouvoir exécutif". A.P., T. XXXI, séance du 23 septembre 1791, p. 247, rapport Alquier.

(27) Lettre du ministre Delessart au Procureur Général Syndic du Directoire Départemental en date du 18 septembre 1791, accompagnant la proclamation royale du 17 septembre, A.D., L. 123, p. 310-314. L'article 18 du Décret des 15-26 mars 1791 oblige le Directoire Départemental à convoquer exceptionnellement le Conseil Général du Département "dans le cas où la sûreté intérieure d'un département serait troublée au point qu'il fut nécessaire de faire agir la force publique de tout le département" (voir A.P., T. XXIII, p. 673). Cela correspond bien à la situation présente : l'arrêté du 7 septembre a mis à disposition du Directoire 1.200 gardes nationaux. Celui-ci, pressé par les "députations fréquentes, tumultueuses et arrogantes" (A.P., XXXI, p. 249, rapport Alquier) de l'assemblée électorale réunie à Aix, finit par céder et, le 14 septembre, fait porter les ordres de départ aux gardes nationaux du département avant même d'avoir réuni le Conseil Général. Se rendant bien compte de l'illégalité de son acte ("le Conseil seul aurait à prendre un parti définitif sur le mouvement des forces à porter vers Arles", A.D., L. 57, séance du 14 septembre au soir), le Directoire ne peut qu'avouer son impuissance face aux "instances réitérées des citoyens réunis et représentant toutes les communes du Département" (*Ibid.*) et informer l'Assemblée Nationale ainsi que le Ministère de l'Intérieur.

Pour plus de détails sur cette influence de l'assemblée électorale d'Aix dans l'affaire d'Arles, voir le rapport Alquier précité (A.P., T. XXXI, p. 247-249) et A.D., L. 57 séances du 6 au 14 septembre 1791.

(28) Voir l'intervention d'André, député d'Aix pour la noblesse, A.P., T. XXXI, p. 2, séance du 17 septembre 1791.

(29) Lettre du Ministre Delessart, A.D., L. 123, p. 310. Sur le droit de pétition à l'époque révolutionnaire : Gérard Sautel, "Droit de pétition, doctrine sociale et perspective révolutionnaire, mai 1791", *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, publiés sous la direction de Jean-Louis Harouel, Paris, PUF, 1989, p. 483-492. Voir également : Vida Azimi, "Archéologie du syndicalisme dans la fonction publique française, les prémisses du XVIIIème s.", *Annuaire d'histoire administrative européenne*, 1991, T. III, p. 15.

(30) Voir à ce sujet : A.P., T. XXIV, p. 701-702 ; P. Sandevoir, *op. cit.*, p. 167 ; M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 2e tirage, 1980, p. 175. Cependant J. Chevallier, "Du principe de séparation au principe de dualité", *RFDA*, 1990, p. 720.

(31) "Le Roi a le droit d'annuler les actes des administrateurs de département, contraires aux lois ou aux ordres qu'il leur aura adressés" (art. 5, sect. 2, chap. IV, Tit. III). Les administrateurs de département "ont de même le droit d'annuler les actes des sous-administrateurs de district, contraires aux lois" ou à leurs propres arrêtés ou ordres (art. 6 suivant). On voit bien le caractère hiérarchique de ce pouvoir d'annulation. La Constitution n'envisage pas toutefois la possibilité pour les administrateurs départementaux ou de district d'annuler les actes municipaux. Cette anomalie a été relevée par un député lors des débats de la Constituante, mais le rapporteur a répondu que ce point avait déjà été réglé en détail par la loi des 15-27 mars 1791, ce qui est une erreur (sur les débats relatifs à cette loi, voir A.P., T. XXII, séances du 2 au 6 mars et du 13 au 16 mars). Mais, on pouvait considérer que les directoires de département avaient le droit d'annuler les actes municipaux en vertu de l'autorité et du pouvoir de surveillance qui leur avaient été reconnus, sur les municipalités, par les art. 50-51 et 55-56 du décret du 14 décembre 1789 sure les municipalités, et par les art. 28 à 39, sect. II, et 3, sect. III du décret du 22 déc. 1789. L'*instruction* de la Constituante du 12 août 1790 (A.P., T. XVIII, p. 8 et 10) va aussi dans ce sens. Et, pour un exemple d'annulation d'un acte municipal par un Directoire de Département, voir J.-L. Mestre, "La signification de la loi des 7-14 octobre 1790", *Études et Documents du Conseil d'État*, 1991, n° 43, p. 293.

(32) Art. 17-2°.

II - L'ANNULATION DES ARRÊTÉS DÉPARTEMENTAUX PAR LE ROI APRÈS DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT

La proclamation royale, bien que formulée en des termes vigoureux, contient une motivation à certains égards imprécise : les actes du Directoire du Département sont annulés parce qu'ils "excèdent les pouvoirs" dont dispose cet organe, sans qu'une indication permette de déterminer si l'expression utilisée recouvre un cas d'incompétence ou un cas d'illégalité ; ils sont considérés comme contraires à "la liberté", à "la loi", aux "principes les plus essentiels de la Constitution", en l'absence de toute référence précise (33).

Aussi, pour la commodité de l'exposé, il convient de distinguer selon les trois libertés dont la violation est reprochée au Directoire du Département : celle d'être armé, celle d'aller et venir et enfin la liberté religieuse.

A - LA VIOLATION DE LA LIBERTÉ D'ÊTRE ARMÉ

La proclamation royale déclare que "la disposition de l'arrêté du 7 de ce mois, relative au désarmement des citoyens de la ville d'Arles, excède les pouvoirs du Directoire du Département, qu'elle est contraire à la loi qui assure à tous les citoyens actifs le droit d'être armés pour leur défense et qu'elle n'aurait pu être faite que par le corps législatif, avec le consentement de Sa Majesté".

L'expression "excède les pouvoirs", déjà usitée sous l'Ancien Régime (34), était parfois employée à la Constituante. Par exemple, le Président de l'Assemblée Nationale au moment de mettre une proposition aux voix, est interrompu par des députés criant "qu'il excédait ses pouvoirs" (35). De même, on peut relever dans la Constitution de 1791 que "le Ministre de la Justice dénoncera au Tribunal de Cassation par la voie du Commissaire du Roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir" (36). Enfin, il arrive que les administrations départementales elles-mêmes annulent une délibération au motif que "la municipalité (...) a excédé ses pouvoirs" (37).

Néanmoins, cette expression demeure vague, visant l'incompétence ou une irrégularité grave. Dans le présent cas, l'incertitude demeure car deux griefs précis sont formulés à l'encontre de l'arrêté du Directoire du Département : une violation de fond tout d'abord, une incompétence ensuite.

La violation de la loi est explicitement indiquée : la mesure prise par le Directoire "est contraire à la loi qui assure à tous les citoyens actifs le droit d'être armé pour leur défense". Mais de quelle loi s'agit-il ?

Quand l'Assemblée Nationale prend connaissance de l'arrêté du 7 septembre, le député de la noblesse aixoise, d'André, qualifie ce désarmement de "mesure très inconstitutionnelle" et affirme que "la Constitution autorise les citoyens à être armés". En fait, on ne trouve dans la Constitution du 3 septembre 1791 aucune indication, tout au moins explicite, d'un tel droit. On peut simplement déduire ce

(33) Sur ce point, il est intéressant de comparer cette proclamation du 17 septembre 1791 à celle précitée du 21 juillet 1792 (A.N., AF I*1, p. 34 à 52) : dans cette dernière, le dispositif est extrêmement détaillé, renvoyant à des textes législatifs bien précis (p. 34 à 48) ; mais en réalité, pour l'essentiel, le Conseil d'État se contente de reprendre la motivation du Directoire du Département, ajoutant seulement une référence à la Constitution.

(34) Voir Jean-Louis Mestre, *Introduction Historique au droit administratif français*, collection Droit fondamental, PUF, 1985, p. 141-144 et 258-259.

(35) A.P., T. XI, p. 297, séance du 23 janvier 1790.

(36) Constitution du 3 septembre 1791, art. 27, chap. V, Tit. III.

(37) Exemple : A.D., L. 71, séance du 29 mars 1792, f° 20.

droit, pour les citoyens actifs, du fait qu'ils sont tous gardes nationaux et à ce titre armés pour défendre la tranquillité publique (38).

Dans les débats sur l'organisation de la force publique qui avaient eu lieu courant décembre 1790, le droit des citoyens d'être armés avait semblé pour certains aller de soi : Robespierre avait demandé que l'Assemblée respecte le "principe de droit naturel qui permet à chaque citoyen de s'armer pour sa sûreté et la sûreté commune" (39). Dubois-Crancé était même allé plus loin en proposant qu'un homme n'obtienne la qualité de citoyen actif que lorsqu'il se serait procuré une arme (40). Mais dans le texte de la loi ce droit était demeuré sous-jacent (41).

La Déclaration des Droits de l'Homme ne donne pas plus d'indication, si ce n'est quelques exemples dans des projets de Déclaration (42) ou lors des débats de la Constituante. Ainsi, Mirabeau voit dans cette liberté l'"un des principaux garants de la liberté politique et civile". Il ajoute même : "Aucun pays n'est plus paisible et n'offre une meilleure police que ceux où la nation est armée". Néanmoins, le Comité des Cinq chargé d'élaborer une déclaration a rejeté cette conception pour des "raisons de prudence", que semble d'ailleurs partager l'Assemblée Nationale puisque celle-ci avait accueilli le discours de Mirabeau par "quelques murmures" (43).

On retrouve le même motif de prudence lors des débats concernant l'organisation de la Garde Nationale (44) ; le projet présenté par Rabaud Saint-Étienne prévoit explicitement le droit de port d'armes pour tous les citoyens actifs (45) mais cette disposition est finalement supprimée : "Nous ne devons pas redevenir des Goths ou des Vandales toujours armés, mais aussi nous devons nous garder de porter une loi dans la société qui irait jusqu'à empêcher les citoyens de porter une arme. Ne faisons pas une loi là-dessus" (46).

Le Directoire du Département des Bouches-du-Rhône se voit aussi reprocher une incompétence : la mesure qu'il a prise n'aurait pu être ordonnée "que par le Corps législatif avec le consentement de Sa Majesté". En affirmant cela, le Conseil d'État va plus loin que le député d'André lors de son intervention à l'Assemblée Nationale le 17 septembre : le Conseil considère qu'il s'agit de l'exécution des lois qui "défendent de désarmer les citoyens à moins qu'il n'y ait des cas graves, et alors un Département ne peut le faire sans autorisation du Roi" (47). En effet, les délibérations de l'administration départementale concernant "l'administration générale" du Royaume ne pouvaient être exécutées qu'avec l'approbation du Roi (48). Plus précisément, les délibérations relatives "au service et à l'emploi des milices ou gardes nationales" ne pouvaient être prises par les assemblées administratives "sans l'autorisation et l'inspection du Roi comme chef suprême de la Nation et de

(38) Constitution du 3 septembre 1791, art. 2, Tit. IV.
(39) A.P., T. XXI, séance du 5 décembre 1790, p. 241-242.
(40) A.P., T. XX, p. 609 et art. 3 du projet de Décret sur l'organisation des gardes nationales p. 610.
(41) Les discussions portent sur un tout autre point : dans quelles limites accorder un tel droit ? Les avis sont partagés entre ceux estimant qu'il appartient à tous les hommes (Robespierre, A.P., T. XXI, p. 241) et ceux qui affirment qu'il est l'apanage des citoyens actifs (Dubois-Crancé, A.P., T. XXV, p. 389).
(42) Projet de M. de Ladebat : voir Christine Faure, *La déclaration des droits de l'homme de 1789*, Payot, 1988, p. 245, art. 32.
(43) A.P., T. VIII, p. 455. On retrouve la même idée dans son ouvrage "Aux Bataves sur le Stathouderat" (In : Stéphane Rials, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. Pluriel, 1989, p. 521, art. XIII).
(44) Discussion : voir A.P., T. XXV, séances du 20 au 28 avril 1791 avec interruption et reprise à partir du 27 juillet 1791 (A.P., T. XXVIII).
(45) Projet de Décret relatif à l'organisation des gardes nationaux, présenté par Rabaud Saint-Étienne au nom du Comité de Constitution et du Comité Militaire, le 20 avril 1791 (A.P., T. XXV, p. 225-230), Art. 19 et 20.
(46) Voir A.P., T. XXVIII, p. 733, intervention de Prieur, député du Tiers-État de Châlons-sur-Marne.
(47) A.P., T. XXI, p. 2, 17 septembre 1791.
(48) Décret du 22 décembre 1789, Sect. III, art. 5.

l'administration générale du Royaume" (49). Le Conseil d'État considère que l'incompétence du Directoire du Département des Bouches-du-Rhône est encore plus grande. Il reproche à celui-ci de s'être substitué au pouvoir législatif. On peut penser que le Conseil d'État a voulu écarter le prétexte que l'invocation d'un "cas grave" aurait pu donner à tous les Directoires du Département pour ordonner de telles mesures, le Roi étant ensuite sommé de donner son approbation.

B - LA VIOLATION DE LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR

La proclamation royale opère une distinction quant au degré d'irrégularité des deux décisions départementales.

L'arrêté du 28 juin, qui renvoie les ecclésiastiques non assermentés sur le lieu de leur naissance, "est contraire à la liberté assurée à tous les citoyens, même à tous les hommes, de se transporter et de résider où ils jugent à propos". Contrairement à la liberté d'être armé, la liberté d'aller et venir n'est donc pas réservée aux seuls citoyens actifs ; les prêtres peuvent en bénéficier, même si, par le refus de prêter serment, ils ont perdu leur qualité de citoyen actif (50).

L'arrêté du 7 septembre, quant à lui, "est une violation encore plus manifeste de cette liberté et de la loi qui l'a consacrée, liberté essentielle à laquelle il n'est même pas permis de porter provisoirement atteinte". En effet, le Directoire a fortement aggravé la situation du clergé réfractaire arlésien ; cette fois-ci sont atteintes tous les ecclésiastiques non assermentés sans distinction, séculiers mais également réguliers, exerçant ou non une fonction publique. En outre, ils ne sont pas simplement renvoyés chez eux mais expulsés du District d'Arles, y compris ceux qui y étaient nés. Enfin, il n'est plus question pour le Directoire d'accepter comme auparavant des exceptions à la règle, pour quelque raison que ce soit (51).

Ici encore, le Conseil d'État ne précise pas sur quel texte législatif il fonde sa condamnation, évoquant simplement l'existence d'une "loi essentielle".

Le principe de la liberté d'aller et venir ne figure pas explicitement dans la Déclaration des Droits de l'Homme, bien que l'on en trouve trace dans de nombreux projets (52). Les législateurs, refusant de dresser un catalogue exhaustif des différentes libertés (53), n'ont voulu protéger expressément au moyen de la Déclaration que celles qui leur apparaissaient les plus menacées au sortir de l'Ancien Régime, en particulier la liberté de presse et la liberté religieuse. Aussi, la liberté d'aller et venir n'est pas citée mais se trouve incluse dans le principe plus large de la liberté individuelle.

Il faut attendre les premiers problèmes posés par l'émigration pour que l'Assemblée Nationale aborde cette question : le rapport Le Chapelier sur les émigrés entraîne le premier long débat sur la compatibilité des mesures préconisées dans celui-ci avec la liberté individuelle de circulation (54). Les premières restrictions

---

(49) *Id.*, art. 1-10°.
(50) En vertu du Décret du 27 novembre 1790, art. 6.
(51) A.D., L. 57, f° 105.
(52) Cette liberté peut être évoquée parmi une énumération d'autres droits et libertés : voir par exemple le projet de Target (In : Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, éd. Pluriel, 1989, p. 609, art. VII) ou de Bouche (*Ibid.*, p. 686-687, art. XV). Quelques projets y consacrent un article à part : ainsi, le Duc d'Orléans prévoit, non seulement un article très détaillé, mais encore le place en tête du principe de liberté individuelle (*id.*, p. 530-531, art. 1).
(53) Voir l'article de Jean-Louis Mestre, "Le Conseil Constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété", *Dalloz*, 1984, chronique, p. 3 ; Intervention de Sieyès dans A.P., T. XXV, 7 mai 1791, p. 646-650.
(54) Rapport fait au nom du Comité de Constitution sur le projet d'Emmery, 28 février 1791, A.P., T. XXIII, p. 568.

apparaissent avec le Décret du 24 juin 1791 (55) et surtout avec ceux du 9 juillet et du 1er août 1791 (56) qui portent très clairement atteinte à cette liberté. Cependant, les sanctions ne sont encore que pécuniaires et la promulgation de la Constitution de 1791 "amena l'Assemblée Nationale à une plus grande mansuétude" (57). Lors des débats concernant la Constitution, il n'y a eu qu'une intervention portant sur le sujet qui nous intéresse : le Comte de Dortan réclama "la liberté de tout homme de se fixer où son inclination le décide, de quitter un pays pour en habiter un autre et d'y transporter toute sa fortune" (58). La proposition, jugée sans doute trop favorable aux émigrés, n'obtint que quelques murmures et fut rejetée au profit d'une autre formulation plus restrictives (59). Quelques jours plus tard, dans un désir de réconciliation générale des Français autour de la Constitution, le Décret du 14 septembre 1791 abolit toutes les procédures instruites sur les faits relatifs à la Révolution et abrogea le Décret du 1er août (60). Enfin, le 14 octobre, Louis XVI invitera tous les émigrés à rejoindre leur patrie. La Proclamation du 17 septembre participe de ce même esprit lorsqu'elle condamne la décision du Directoire du Département des Bouches-du-Rhône en date du 7 septembre, laquelle ne répond pas à ce désir de réconciliation.

Cette décision s'harmonise également avec l'actuelle jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a reconnu en la liberté d'aller et venir un des principes fondamentaux protégés par la Constitution (61), principe limité uniquement par les "fins d'intérêt général" (62). Mais la Proclamation de 1791 va plus loin en refusant au Directoire la possibilité de restreindre, de façon même provisoire, cette liberté. Sans doute le Conseil d'État souhaitait-il éviter une utilisation abusive de la notion d'atteinte à "l'ordre public" qui servirait de prétexte aux administrations départementales pour justifier des arrestations ou des expulsions. Aujourd'hui, le Conseil Constitutionnel estime que seule la loi peut porter atteinte à ce principe général du droit (63).

C - LA VIOLATION DES LIBERTÉS RELIGIEUSES

La Proclamation royale qui suit la discussion au sein du Conseil d'État annule encore les actes départementaux (64) du 23 juin et surtout du 7 septembre pour violation des libertés religieuses. Elle invoque deux motifs d'importance différente :

---

(55) A.P., T. XXVII, p. 478 : surveillance, par les corps administratifs, de la circulation des biens et des personnes à partir de 5 lieues des frontières.
(56) A.P., T. XXVIII, p. 86-87, Décret du 9 juillet 1791 ; A.P., T. XXIX, p. 84 à 89, Décret du 1er août 1791.
(57) Jean-Jacques Clère, "Les émigrations dans les débats de l'Assemblée Nationale Constituante", *Les droits de l'homme et la conquête de la liberté, des Lumières aux révolutions de 1848*, présentation de Michel Vovelle, PUG, 1986, p. 159-160.
(58) A.P., T. XXIX, p. 294.
(59) "La Constitution garantit pareillement comme droits naturels et civils la liberté de tout homme d'aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution".
(60) A.P., T. XXX, 13 septembre 1791, p. 621.
(61) Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir (voir *R.D.P.*, 1979, p. 1963, observations Louis Favoreu) mais il n'a pas jugé bon de motiver sa décision qui n'est que la conséquence logique d'une décision précédente faisant de la liberté individuelle un des principes fondamentaux protégés par la Constitution. Voir, Louis Favoreu et Loïc Philip, *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, 1991, 6è éd., décision du 12 janvier 1977, p. 351-366.
(62) *Ibid.*, décision du 20 janvier 1981, p. 463.
(63) *Ibid.*, décision du 26 juin 1969, p. 230.
(64) Voir aussi par exemple l'attitude du Directoire du Département de la Meurthe à l'égard de la liberté religieuse : Marie-Thérère Allemand-Gay, "Le procureur général syndic du Département de la Meurthe et la liberté religieuse", *M.S.H.D.B.*, 48è fasc., 1991, p. 149-162.

En premier lieu, il s'agit d'une atteinte à la liberté d'opinion religieuse qualifiée d'"un des principes les plus essentiels de la Constitution".

En second lieu, le Directoire a violé la liberté de culte -c'est-à-dire la possibilité de choisir tant son culte que ses ministres-, liberté protégée formellement par "la loi", sauf exceptions dans "certains cas".

1°) L'atteinte à la liberté d'opinion religieuse

Qu'un acte administratif soit invalidé pour avoir porté atteinte à un principe constitutionnel n'apparaît pas comme une innovation. La Constituante a envisagé, dans l'*Instruction* des 12-20 août 1790, l'annulation, pour inconstitutionnalité, d'actes administratifs émanant des municipalités. Elle a confié aux autorités administratives départementales ce pouvoir et même ce devoir (65). En ce qui concerne les tribunaux, M. Halperin a déjà montré que les membres du Tribunal de Cassation n'hésitaient pas à invoquer la Constitution de 1791 dans la motivation de leurs arrêts, tant au civil qu'au criminel, notamment dans des recours de prêtres réfractaires contre des atteintes à la liberté d'opinion ou contre des arrestations arbitraires (66).

On voit qu'ici, à son tour, le pouvoir exécutif n'hésite pas à annuler un acte administratif pour atteinte à la Constitution, et ce quinze jours seulement après que la rédaction de celle-ci soit achevée.

Plus précisément, la liberté religieuse est incluse dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, reprise comme Préambule de la Constitution de 1791. Elle fait partie de ces rares libertés "nommées" ou "définies" (67) que les Révolutionnaires ont tenu à protéger expressément. C'est d'ailleurs à son propos que les débats ont été les plus vifs et ont provoqué le plus de passion : les projets laissent déjà deviner des positions très variées, allant d'une absence totale de formulation de la liberté religieuse (68) au libéralisme le plus complet (69). Finalement, les députés choisissent de prendre pour base de discussion le projet élaboré par le 6ème Bureau, les trois articles concernant la liberté de culte étant renvoyés aux débats sur la Constitution (70) ; et ce sont les motions de Castellane, complétées par celles de l'évêque Gobel qui deviendront l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme (71). Mais l'accord auquel sont parvenus les députés, après une multitude d'amendements et dans le plus grand désordre, ne satisfera pas plus la gauche et les anticléricaux que les députés d'opinion plus traditionnelle.

Cette liberté ne concernant que la conscience de chaque individu, le Conseil d'État considère qu'elle est absolue et doit être protégée le plus rigoureusement possible comme "un des principes les plus essentiels de la Constitution". De même aujourd'hui, si la liberté d'opinion religieuse n'a pas encore été "constitutionnalisée" par le Conseil Constitutionnel, il existe une consécration de la liberté plus générale de conscience qui englobe la liberté de croyance religieuse (72).

---

(65) *Instruction de l'Assemblée Nationale sur les fonctions des assemblées administratives*, 12 août 1790, A.P., T. XVIII, p. 13.

(66) Jean-Louis Halperin, *"La Constitution de 1791 appliquée par les Tribunaux"*, communication faite lors d'un Colloque à la Faculté de Droit de Dijon les 26 et 27 septembre 1991 sur le thème de "La première Constitution française du 3 septembre 1791", p. 4 (document distribué aux participants).

(67) Jean Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et la liberté*, Collection Droit Public Positif, Éd. Économica/Presses Universitaires, Aix-Marseille III, 1984, T. 1, p. 67.

(68) Voir par exemple, les projets de Sieyès et de Target, in Stéphane Rials, *op. cit.*, p. 591-606 et 608-612.

(69) Voir le projet de Boislandry, *ibid.*, p. 728, art. 16.

(70) A.P., T. VIII, séance du 23 août 1789, p. 476.

(71) Voir les débats de l'Assemblée Nationale lors des séances des 22 et 23 août 1789, A.P., T. VIII, p. 472 à 480.

(72) Louis Favoreu et Loïc Philip, *op. cit.*, décision du 23 novembre 1977, p. 375.

2°) La violation de la liberté de culte

Mais il en va différemment pour la liberté de culte : la Constitution de 1791 pose pour principe l'égalité de tous les cultes devant l'État ; aussi, tout homme a le droit "d'exercer le culte religieux" de son choix et "d'élire ou de choisir les Ministres" de son culte. Il est même précisé que le "pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution" (73). Cette affirmation est reprise par le Conseil d'État qui proclame que "chacun est libre de choisir le culte qui lui convient et les ministres qu'il préfère".

Néanmoins, contrairement à la liberté de conscience, la liberté de culte ne bénéficie pas d'une protection absolue et les Constituants ont pris la précaution de rajouter aussitôt cette réserve : "Mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société". Pareillement, si le Décret du 7 mai 1791 autorise le culte non conformiste dirigé par des prêtres réfractaires dans des locaux acquis par des "sociétés particulières", il ordonne la fermeture des églises consacrées à ce culte aussitôt qu'il y aura été fait quelque discours contenant des provocations contre la Constitution du Royaume et tout particulièrement contre la Constitution Civile du Clergé (74). C'est ce texte que vise le Conseil d'État lorsqu'il envisage la possibilité de fermer les édifices religieux "dans certain cas".

Si le Conseil d'État s'en était tenu à la lettre du Décret du 7 mai, il aurait pu approuver la fermeture provisoire des églises non conformistes et l'inculpation de certains prêtres qui favorisaient la contre-révolution religieuse et politique, mais non une condamnation à caractère aussi général et absolu.

En outre, il est du devoir de l'administration de faire parfois preuve d'indulgence afin d'étouffer les "germes de division" et de ne pas "altérer la concorde", même si cela implique, contrairement à ce que le Conseil d'État avait affirmé plus haut, de ne pas toujours "s'attacher scrupuleusement à l'exacte observation des lois". Ici, il semble que, dans l'esprit du Roi et de ses ministres, le Directoire du Département des Bouches-du-Rhône n'a pas agi d'une manière suffisamment prudente, se laissant beaucoup trop influencer par le seul parti des "patriotes".

C'est ce que laisse supposer le ministre Delessart dans sa lettre d'accompagnement (75) : l'arrêté du 7 septembre a été pris à la suite d'une députation de l'Assemblée électorale réunie à Aix sous la présidence du maire "patriote" d'Arles, Antonelle. Or, les Assemblées électorales ne peuvent s'occuper que des élections pour lesquelles elles sont établies ; il leur est interdit de se mêler de tout autre objet et surtout de faire en corps des pétitions que la loi ne permet qu'aux individus (76). Cette pétition, bientôt suivie de nombreuses députations et autres "propositions toutes violentes" (77) est donc nulle et établit "l'irrégularité de l'arrêté qui en a été le fruit". Il faut ajouter à cela que le Département a ensuite ordonné, toujours sous la pression de la même assemblée électorale, la réquisition de 4.000 gardes nationaux pour l'exécution de son arrêté du 7 septembre. Le ministre de l'Intérieur juge que cette mesure ne pouvait qu'"allumer dans une ville, que l'irrégularité de votre arrêté avait déjà mise en fermentation, le feu de la guerre civile". Ce qui ne manqua pas de se produire, puisque la nouvelle de cette mesure provoqua la mise en état de siège de

(73) Tit. I, dispositions fondamentales garanties par la Constitution.
(74) A.P., T. XXV, p. 653, Décret du 7 mai 1791 ; Rapport de Talleyrand et discours de Sieyès : id. p. 643-650.
(75) A.D., L. 123, p. 310-314.
(76) Conformément à la Constitution de 1791, art. 1, sect. IV, chap. I.
(77) A.P., T. XXXI, séance du 23 septembre 1791, p. 247-252.

la ville d'Arles. Aussi, même si le ministre désapprouve l'attitude des habitants d'Arles, il précise qu'il est avant tout du devoir de l'administration supérieure "d'apaiser la fermentation". Pour cela, "les vues de douceur, compatibles avec la nécessité de maintenir le respect dû aux autorités supérieures, sont presque toujours préférables. Calmer les esprits, recommander l'union entre les citoyens, renouer leurs liens prêts à se briser", telle aurait dû être la préoccupation majeure du Directoire du Département dans une affaire aussi délicate.

Les propos de Delessart confirment l'impression que donne la lecture de la Proclamation qui a suivi la discussion en Conseil d'État : le pouvoir exécutif a bien agi ici en tant que supérieur hiérarchique (78) puisqu'il ne s'est pas contenté de vérifier si le Décret du 7 mai avait bien été appliqué à la lettre, mais qu'il a aussi supervisé et critiqué le "choix des moyens" utilisés pour le maintien de la "tranquillité générale" (79).

--*-*

La Proclamation qui vient d'être commentée semble toutefois être restée isolée. Aucune Proclamation ne vient annuler les arrêtés pris par le Directoire Départemental da la Haute-Garonne en août 1791, arrêtés qui restreignent, de façon excessive, la liberté d'aller et de venir des prêtres réfractaires (80). Certes, l'inconstitutionnalité de ces actes est ensuite reconnue par le nouveau ministre de l'Intérieur, le girondin Roland, le 20 mars 1792 : "En portant atteinte à la liberté individuelle, plusieurs départements ont enjoint aux prêtres non assermentés de s'éloigner à une distance quelconque de leurs anciennes paroisses, ou de se réunir dans le chef-lieu du département... Ces arrêtés sont inconstitutionnels... et oppressifs puisqu'ils prononcent la peine de l'exil ou de la détention, dans des cas où la loi ne l'a pas prononcée... et injustes puisqu'ils prononcent des peines contre des citoyens qui ne sont ni accusés ni condamnés". Le 17 avril, il écrit encore aux administrateurs de la Haute-Garonne et de six autres départements que, s'ils ne retirent pas leurs arrêtés, "Sa Majesté est déterminée à (les) annuler par une proclamation" (81). Mais, le 23 avril, Roland se montre beaucoup moins catégorique devant l'Assemblée Législative. Tout en reconnaissant que quarante deux Directoires Départementaux ont pris des arrêtés "qui n'étaient ni prescrits, ni autorisés par la Constitution", il dénonce vigoureusement les prêtres réfractaires et lit les réponses de Directoires qui se sont refusés à retirer leurs actes, en faisant valoir que ce retrait "exciterait les plus grands maux". En définitive, Roland s'en remet à la décision de l'Assemblée (82). De la sorte, il substitue la Législative au Conseil d'État, que les tensions politiques avaient considérablement affaibli.

---

(78) Sur la notion de pouvoir hiérarchique, voir Jean-Marie Becet, *Les institutions administratives*, éd. Économica, 1987, p. 26-27.

(79) La solennité de cette proclamation n'a pourtant pas empêché l'aggravation du conflit arlésien ; les troubles prendront une telle ampleur que la Législative mandera à sa barre les membres du Directoire du Département des Bouches-du-Rhône ainsi que ceux du Directoire du District d'Arles, afin d'établir les responsabilités (Décret du 13 mars 1792, A.P., T. XXXIX, p. 636) mais plusieurs d'entre eux choisiront d'émigrer plutôt que d'avoir à affronter l'assemblée (Quelques administrateurs se présentent à la date prévue, le 1er avril 1792, pour tenter de justifier leurs décisions : A.P., T. XLI, p. 57-63).

(80) Jean-Claude Meyer, *La vie religieuse en Haute-Garonne sous la Révolution (1789-1801)*, Publications de l'Université de Toulouse-Le Mirail, série A, T. 49, 1982, p. 140-178.

(81) *Ibid.*, p. 179-180 et Pierre De La Gorce, *Histoire religieuse de la Révolution française*, éd. Plon, T. II, 9è édit., 1912, p. 140-143.

(82) A.P., T. XLII, p. 307-310. Une phrase prononcée par Roland au cours de son discours ne doit pas prêter à confusion : "Je les soumets tous (ces arrêtés) à l'Assemblée, comme seul juge compétent de ce que les circonstances ont pu exiger au-delà de la loi et de ce que la sûreté commune doit faire excuser". L'emploi du mot "juge" ne doit pas faire penser que le roi avait été saisi de quarante deux recours contentieux. Il avait été saisi -et avait pu se saisir lui-même- sur la base de l'art. 5, sect. 2, chap. IV, Tit. III, de la Constitution, précité note 31. La Proclamation du 18 septembre 1791, dont le texte suit, ne fait aucune allusion à une instance contentieuse.

ANNEXE : PROCLAMATION DU ROI EN DATE DU 18 SEPTEMBRE 1791

(Archives Départementales des Bouches-du-Rhône, L. 39, 12è séance, 22 septembre 1791, f° 31-32)

Vu, au Conseil d'État du Roi, l'arrêté pris le 7 du présent mois, par le Directoire du Département des Bouches-du-Rhône, portant entr'autres dispositions, qu'il seroit enjoint à tous les citoyens de la ville d'Arles de déposer à la municipalité, dans les 24 heures précisément et pour tout délai, toutes les armes qui sont en leur pouvoir, pour être mises dans un dépôt public qui seroit fermé sous 3 clefs, dont une seroit entre les mains du premier officier municipal, une dans celles du Procureur de la commune, et une dans celles du Procureur Sindic du District d'Arles, pour n'être tiré dudit dépôt que le nombre de fusils nécessaires pour armer la garde nationale que la municipalité trouvera bon d'employer journellement pour le maintien de la tranquillité publique dans ladite ville ; qu'il est provisoirement enjoint à tout prêtre, ci-devant fonctionnaire public ou non, séculier ou régulier, qui n'a pas prêté le serment prescrit par la Constitution civile du clergé, de sortir incontinent de la ville d'Arles, ou du territoire de son district jusqu'à nouvel ordre et sans qu'aucun puisse se dispenser d'obtempérer, sous prétexte d'être né dans ladite ville, et que les portes de l'église des ci-devant dominicains de ladite ville, dans laquelle s'assemblent les non-conformistes seroient fermées et murées ;

Vu pareillement l'extrait des procès-verbaux des séances du Directoire dudit Département des 12 et 13 du présent mois ; vu aussi l'arrêté pris par ledit Directoire, le 28 juin dernier, par lequel il a ordonné que tous les ecclésiastiques, ci-devant fonctionnaires publics, qui n'ont pas prêté le serment de la Constitution civile du clergé, ou qui, l'ayant prêté, l'auroient rétracté, seront tenus de se retirer chacun en droit soi, dans le lieu de leur origine, et ce dans 24 heures précisément, à peine d'être poursuivis comme suspects d'avoir voulu porter atteinte à la tranquillité publique.

Sa Majesté a reconnu que la disposition de l'arrêté du 7 de ce mois, relative au désarmement des citoyens de la ville d'Arles, excède les pouvoirs du Directoire du Département, qu'elle est contraire à la loi qui assure à tous les citoyens actifs le droit d'être armés pour leur deffense et qu'elle n'auroit pu être faite que par le Corps législatif avec le consentement de Sa Majesté ; que l'injonction aux ecclésiastiques ci-devant fonctionnaires publics qui n'ont pas prêté le serment, ou qui l'ont rétracté, de se retirer dans le lieu de leur naissance, est contraire à la liberté assurée à tous les citoyens, même à tous les hommes, de se transporter et de résider où ils jugent à propos ; que l'expulsion des ecclésiastiques ci-devant fonctionnaires publics ou non de la ville d'Arles, même de ceux qui y seroient nés, est une violation encore plus manifeste de cette liberté, et de la loi qui l'a consacrée, loi essentielle à laquelle il n'est pas même permis de porter provisoirement atteinte, Sa Majesté considérant que s'il est du devoir des administrateurs de veiller à tous ce qui a rapport à la tranquillité générale, ils doivent aussi, dans le choix des moyens propres à la maintenir, s'attacher scrupuleusement à l'exacte observation des lois et éviter tout ce qui pourroit altérer la concorde, soit en donnant de la consistance à des germes de division qu'il faut étouffer, soit en entreprenant de gêner les opinions ; que la liberté des opinions religieuses est un des principes les plus essentiels de la Constitution ; que chacun est libre de choisir le culte qui lui convient et les ministres qu'il préfère ; que la loi autorise formellement des sociétés particulières à destiner à l'exercice de leur culte des édifices dont elle n'ordonne la fermeture que dans certains cas qu'elle a prévus.

Sa Majesté, considérant en outre que, les arrêtés du Directoire du Département des Bouches-du-Rhône des 28 juin et 7 septembre intéressant l'Administration générale, le Directoire du Département ne pouvoit y donner d'exécution qu'après les avoir présentés à l'approbation du Roi.

Sa Majesté a déclaré et déclare nuls lesdits arrêtés pris par ledit Directoire du Département des Bouches-du-Rhône, des 28 juin et 7 septembre du présent mois, ensemble tout ce qui s'en est ensuivi ou a pu s'ensuivre ; fait Sa Majesté deffense de les mettre à exécution, sauf au Directoire du Département à employer les moyens indiqués par la Loi pour la poursuite et la punition des désordres et délits qui ont pu être commis dans la ville d'Arles, soit avant, soit depuis l'arrêté dudit Directoire, du 7 du présent mois ; ordonne que la présente proclamation soit transcrite sur les registres du Directoire dudit Département, imprimée, publiée et affichée dans toute l'étendue dudit Département.

Fait à Paris le 18 septembre 1791
Signé LOUIS
(et plus bas) : Par le Roi, Delessart

LE DROIT FACE AU PLURALISME

Les textes ci-dessous publiés constituent une partie non négligeable des conférences faites dans le cadre d'un colloque pluridisciplinaire qui se tint à Aix, le 21 et 22 novembre 1991. Des difficultés d'ordre technique nous ont malheureusement empêchées de mettre à la disposition des lecteurs l'ensemble des interventions et discussions auxquelles ce colloque passionnant a donné lieu. Que tous, intervenants et auditeurs, soient cependant ici chaleureusement remerciés.

Alain SÉRIAUX

Directeur du Laboratoire de
théorie juridique
Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille

LE PLURALISME JURIDIQUE EN ANTHROPOLOGIE

Communication au Colloque "Le droit face au pluralisme", Aix-en-Provence, 21-22 novembre 1991, organisé par le Laboratoire de Théorie Juridique de l'Université d'Aix-Marseille III

Par

Norbert ROULAND
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,
Président de l'Association française d'anthropologie du droit

Ma communication est très modeste : elle a seulement pour but de constituer une introduction aux théories du pluralisme juridique en anthropologie (1). Celles-ci forment à l'heure actuelle le point de référence partagé par la communauté internationale des anthropologues du droit (environ 350 personnes, membres de la *Commission on Folk-Law and Legal Pluralism*, créée en 1978, où les Américains et Canadiens sont les plus nombreux.

Je vais étudier brièvement trois questions :

- quelle est la définition du pluralisme juridique
- quelles sont ses histoires
- quels sont les problèmes actuels les plus importants, d'ordre surtout politique.

I - LA DÉFINITION DU PLURALISME JURIDIQUE

• Si tous les anthropologues du droit croient dans le pluralisme juridique, le consensus n'est plus atteint quant à sa définition. Il y a des minimalistes et des maximalistes, suivant l'étendue du rôle qu'on veut bien reconnaître au droit étatique. Ce débat est fondamental, mais je laisse à mon collègue le Pr. J. Vanderlinden le soin de l'ouvrir, car il a lui-même connu un cheminement exemplaire dans ce domaine, qu'il nous exposera. Moi-même me situerais plutôt dans le camp des maximalistes ... tempérés, dans la mesure où je pense que le rôle du droit étatique doit être relativisé, mais qu'il serait déraisonnable de prôner son effacement.

---

(1) Je les ai exposées dans plusieurs ouvrages : cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique* (Paris, P.U.F., coll. "Droit Fondamental", 1988) 74-96 ; *Pluralisme Juridique (Théorie anthropologique)*, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit* (Paris, LGDJ, 1988), 303-304 ; *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité* (Paris, Odile Jacob, 1991), 123-169.

Ma définition est la suivante :

"Courant doctrinal insistant sur le fait que toute société, à des degrés dont la variabilité dépend essentiellement de sa structuration sociétale, pratique une multiplicité hiérarchisée d'ordonnancements juridiques, lesquels établissent ou non entre eux des rapports de droit. Le droit étatique reconnaît, ignore, ou combat la pluralité de ces ordres juridiques suivant les mythes juridiques fondateurs propres à la société dominante qui l'a produit".

• Au-delà des débats théoriques sur le contenu du pluralisme juridique, tous les anthropologues du droit sont d'accord sur un point : *toute société est sociologiquement plurale, qu'elle valorise cette pluralité dans ses systèmes de représentation et ses dispositifs juridiques, ou qu'au contraire elle choisisse de s'en remettre au principe d'uniformité.* Les sociétés traditionnelles choisissent en général la première formule : elles reconnaissent leur pluralisme, et le conçoivent en termes de complémentarité. Les sociétés modernes choisissent plus souvent (surtout la France) la logique uniformisante, qui voisine cependant avec des relations de compétition entre les groupes sociaux (lutte des classes dans l'analyse marxiste, concurrence dans le système libéral). En fait, on peut craindre que la logique uniformisante attise les relations antagonistes.

• Signalons qu'il existe une dimension *dynamique* du pluralisme juridique. C'est un anthropologue du droit japonais, M. Chiba (2), qui l'a récemment le mieux souligné. Cet aspect est une importante contribution aux théories du changement juridique. En effet, il peut y avoir des transferts de normes et des changements de qualifications entre les différents systèmes juridiques fonctionnant à l'intérieur d'une même société. De manière générale, le droit reçu (transféré de l'extérieur) tend généralement à devenir peu à peu du droit autochtone (droit islamique en Égypte et en Iran ; droit chinois au Japon ; droit hindou en Thaïlande, etc.).

• Notons enfin que la distinction droit officiel / droits officieux, sur laquelle repose toute théorie du pluralisme juridique, ne se confond pas exactement avec la distinction droit étatique / droits non étatiques : le droit officiel peut inclure des droits non étatiques (religieux, des minorités, des associations, des ordres professionnels, etc.).

II - LES HISTOIRES DU PLURALISME JURIDIQUE

Pourquoi ce pluriel, *les* histoires ? Parce qu'il y en a au moins deux. Anthropologues du droit et sociologues du droit ont en effet élaboré de façon d'abord séparée des théories pluralistes qui, actuellement, se fécondent.

• On doit reconnaître la priorité chronologique aux anthropologues du droit. Et plus précisément aux auteurs hollandais de l'école du droit coutumier indonésien *(Adat Law School)* qui sont à l'origine, en Indonésie et en Hollande, d'une tradition académique d'anthropologie juridique toujours très vivante dans ces deux pays. Son fondateur est Van Vollenhoven, un juriste hollandais qui, dès 1901, analyse les droits coutumiers indonésiens pour mieux les faire respecter par les autorités coloniales. Car il y a un contexte politique certain : Van Vollenhoven était un humaniste, esprit généreux très souvent critique envers la colonisation hollandaise.

(2) Cf. M. Chiba, *Legal Pluralism : Toward a General Theory through Japanese Legal Culture* (Tokyo,Tokaï University, 1989).

Puis, à partir des années quarante, les études de type pluraliste vont se généraliser, en Amérique et en Afrique (Redfield, Gluckman, Adamson-Hoebel, Racliffe-Brown, Nash, etc.). *Toutes ont en commun d'analyser des situations de pluralisme ethnique et culturel, relevant du fait colonial ou de la présence de minorités autochtones au sein d'une société globale.*

• Il reviendra aux sociologues du droit le mérite de pousser plus loin cette tendance, en découvrant le pluralisme au sein des sociétés occidentales, en dehors du contexte colonial, ou du fait minoritaire autochtone : le pluralisme n'a pas besoin de colonisés ou d'aborigènes pour être valable. Saut effectué par les sociologues, mais que bien des juristes, surtout en France, se refusent à effectuer ...

On citera rapidement trois noms. Un juriste polonais, L. Petrazycki (1867-1931) qualifie de juridiques les règles de jeux, les codes sportifs, les lois du milieu, les règlements des hôpitaux psychiatriques, les réciprocités entre amis ou amants, etc. Il fut un des maîtres de Gurvitch (1894-1965), qui transposa le pluralisme dans le droit public. Son pluralisme (de Gurvitch) est anti-étatique : en face de l'État, la féodalité, les Églises, les corporations, les syndicats produisent du droit tout autant que lui. Eugène Ehrlich (1862-1923) est un contemporain de Gurvitch. Professeur de droit romain, il vivait en Bukovine, dans une région située au carrefour de différentes ethnies, dont le Code civil autrichien n'avait pas gommé les traditions juridiques spécifiques. Ehrlich lui aussi nie que le droit soit un phénomène par essence étatique : il est d'abord produit, de façon différentielle, par les diverses sociétés et cultures.

• À l'heure actuelle, les diverses théories du pluralisme juridique continuent à reposer sur les fondements élaborés par ces pères fondateurs. Les auteurs les plus fréquemment cités sont une Américaine, Sally Falk Moore (3) et John Griffiths (4), son compatriote installé aux Pays-Bas. La tendance des théories les plus récentes est très nette : *elles visent à toujours plus relativiser et minorer le rôle du droit étatique.*

• On doit enfin noter que les théories du pluralisme juridique sont *diversement reçues suivant les États.* Ceux qui connaissent déjà une forte dose de diversité juridique (U.S.A., Canada) les accueillent volontiers. Les États non occidentaux sont très préoccupés par une unité récente et fragile : il sont donc tendance à s'en méfier (Afrique noire), ou à les accepter parce que leur diversité est si forte qu'ils ne peuvent, *officiellement,* guère faire autrement (Indonésie). En France, mis à part quelques exemples isolés (reconnaissance des mariages polygamiques des étrangers, discussions récentes sur la laïcité autour de l'affaire des "foulards islamiques"), ces théories ne sont pas reçues. Au moins depuis la Révolution, la France est fermement attachée à une tradition d'intégration et de monisme juridique (5) (cf., à titre symbolique, la décision du Conseil Constitutionnel sur la question du "peuple corse", ou les observations liminaires du premier rapport du Haut Conseil de l'Intégration, tout cela en 1991).

(3) Cf. S. Falk Moore, *Law as Process* (London, Routledge and Kegan Paul, 1978).
(4) Cf. J. Griffiths, What is Legal Pluralism ?, *Journal of Legal Pluralism*, 24 (1986), 1-55.
(5) Sur le statut des minorités en France, cf. notamment : A. Fenet - G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (Paris, L'Harmattan, 1989).

III - PROBLÈMES ACTUELS DU PLURALISME JURIDIQUE

Certains sont *théoriques*, d'autres plus franchement *politiques*.

a) Problèmes théoriques

• Le premier, cardinal, est bien évidemment celui de la *définition du droit* : tout en dépend. Si on voit dans le droit un phénomène essentiellement étatique, le pluralisme n'a pas lieu d'être. Mais alors il faut aussi admettre que toutes les sociétés non étatiques n'ont pas de droit, ce qui ne paraît guère raisonnable, et revient à brûler la majeure partie des ouvrages d'anthropologie juridique, ce qui serait quand même regrettable ... Mais on doit aussi constater que les anthropologues du droit ont tout intérêt à soutenir les thèses pluralistes (ils l'ont bien compris !) car cela légitime leur existence, souvent difficile en Europe. Si, en revanche, on admet que peuvent exister d'autres systèmes juridiques que le droit étatique, alors le pluralisme juridique devient possible. L'ennui c'est que, tout récemment, on a convoqué les meilleurs juristes à donner leurs définitions du droit (6) : *il a été impossible d'unifier leurs contributions*. Le droit reste donc encore largement un mystère. (Pour ne point me dérober je dirai cependant ce qu'est pour moi le droit : ce que chaque société, ou *certains de ses groupes*, considèrent comme indispensable à leur cohérence et à leur reproduction.)

Notons cependant que les positivistes ne sont pas seuls à contester l'existence du pluralisme juridique. Un auteur aussi ouvert et éminent que le Doyen Carbonnier (7) ne voit que de l'infra-juridique là où des adeptes du pluralisme juridique repèrent d'authentiques systèmes de droit ... C'est inquiétant.

• Le second problème est moins irritant. Il s'agit de *la contribution du pluralisme à la théorie de l'État de droit*. D'où vient ce droit auquel est censé se soumettre l'État de droit ? Soit de l'État lui-même, ce qui n'est guère rassurant : on aboutit vite alors de l'État de droit au droit de l'État. Soit de la société, ce qu'on pense plutôt aujourd'hui : mais alors comment expliquer que nos principales sources du droit jaillissent toujours d'institutions étatiques ? On sort du dilemme si l'on admet les théories du pluralisme juridique : l'État et son droit sont freinés, contrôlés par les systèmes juridiques non étatiques, reconnus ou pas. Par là, on débouche sur des problèmes plus politiques.

b) Problèmes politiques

• Le premier touche évidemment au *rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique*. Nous avons vu que la tendance actuelle est à sa relativisation toujours plus poussée. C'est historiquement normal, puisque ces théories du pluralisme n'ont pu s'édifier qu'en opposition au monisme juridique étatique, et que cela coïncide avec la remise en question, depuis une décennie, dans nos sociétés occidentales, du rôle de l'État.

Mais peut-être convient-il de marquer une pause, d'autant plus que, comme on pouvait le prévoir, l'État soumis à ces attaques, a trouvé des défenseurs (8). Les théoriciens du pluralisme juridique devraient maintenant s'attacher à définir les nouveaux rôles qu'ils souhaiteraient voir jouer à l'État, sans pour autant que cela les

(6) *Définir le Droit*, n° 10 (1989) et 11 (1990) de la revue *Droits* (PUF).
(7) Cf. J. Carbonnier, *Sociologie Juridique* (Paris, A. Colin, 1972), 149-161.
(8) Cf., par exemple, des ouvrages récents de qualité : P. Rosanvallon, *L'État en France, de 1789 à nos jours* (Paris, Le Seuil, 1990) ; P. Delmas, *Le maître des horloges* (Paris, Odile Jacob, 1991).

oblige —bien au contraire— à renier leurs thèses pluralistes. Quelles doivent être les relations du droit étatique avec les autres ordres juridiques ? Comment passer, et doit-on passer, d'un État-directeur à un État-arbitre et fédérateur ? Comment l'État peut-il favoriser l'établissement de procédures d'alliance entre les groupes minoritaires et la société globale ? Quels sont les critères de représentativité à appliquer aux porte-parole de ces groupes minoritaires ? Voilà un beau et immense chantier.

• Le second problème concerne *la prise en compte des groupes minoritaires par les théories du pluralisme juridique et, en conséquence, leur relation avec la démocratie politique.* Les adversaires du pluralisme juridique objectent souvent que ces théories aboutissent à surqualifier (en les juridicisant) des comportements de groupes reposant sur d'autres valeurs que celles partagées par la majorité des citoyens, qui peuvent être dangereuses pour cette majorité. Ainsi, n'est-il pas dangereux de dire que les lois du milieu sont du droit ? Bien sûr, ce danger existe, inutile de le nier. Cependant, on peut faire observer que bien des critères savants du droit sont applicables à ce type de relations, *volens nolens.* D'autre part, reconnaître qu'il s'agit de systèmes juridiques n'empêche pas de les combattre : dire qu'il y a un droit interne à la Mafia ne m'empêche pas de le juger nocif, et de condamner les maffieux. De plus, ce danger est largement compensé par d'autres avantages. En effet, reconnaître d'autres droits que celui de l'État revient aussi à valoriser des groupes humains que leur situation minoritaire, parfois d'exclusion, ou leur position au bas de l'échelle socio-économique, conduit trop souvent à faire oublier des autres groupes sociaux mieux placés, ou plus proches du pouvoir. De manière générale, comme le fait remarquer A. Touraine (9), il est faux d'opposer systématiquement les droits des groupes et la démocratie (on parle trop souvent du "tribalisme", de "la peste communautaire", après avoir magnifié le "droit à la différence"). En effet la démocratie est forte dans les pays où l'État a laissé s'édifier une représentation autonome des groupes sociaux qui a permis non seulement aux citoyens d'élire leurs représentants, mais d'*être représentables* (c'est une des vertus de la social-démocratie). Elle est faible dans les pays où c'est l'État qui constitue lui-même les acteurs sociaux (systèmes autoritaires et totalitaires). Ceci est également vrai dans l'ordre international, au sujet des minorités. Depuis une décennie les principales instances internationales s'orientent vers une reconnaissance des droits collectifs des minorités (notamment autochtones), parallèles à ceux des États (10).

CONCLUSION

J'aimerais citer deux auteurs français, diversement éclairés par les Lumières :

• *"Je me figure la loi au centre d'un globe immense : tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence, et n'y occupent que des places égales"* (Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État* ?, PUF, rééd. 1982, p. 44).

• *"Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits, mais qui frappent infailliblement les petits [...] Mais la grandeur du génie ne consisterait-elle pas à mieux savoir dans quels cas il faut l'uniformité, et dans quels cas il faut des différences ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?"* (Montesquieu, *L'Esprit des lois,* XXIX, 18).

À chacun de choisir. Je ne surprendrai personne en optant pour Montesquieu.

---

(9) Cf. A. Touraine, Un nouvel âge de la politique ?, dans *Le Magazine Littéraire,* 264 (avril 1989), 24.
(10) Cf. N. Rouland, La France dans l'archipel des droits de l'Homme, *Libération,* (22 mars 1993), 6 ; N. Rouland (dir.), *Droits des minorités,* (Paris, P.U.F., Coll. "Droit Fondamental", *à par.*).

VERS UNE NOUVELLE CONCEPTION DU PLURALISME JURIDIQUE

Par

Jacques VANDERLINDEN
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

Dans sa contribution à notre réunion, Norbert Rouland me fait l'honneur et le plaisir, trahissant à cette occasion notre très ancienne amitié, de qualifier d'exemplaire mon cheminement sur la voie du pluralisme juridique. Bel exemple à donner aux enfants que celui d'un renégat ! Je vais en effet brûler aujourd'hui devant vous ce que j'ai adoré pendant plus de vingt ans. A la décharge de Norbert, précisons qu'il n'avait pas eu connaissance ne serait-ce que d'une ébauche du texte (par ailleurs inexistant) de mon exposé.

Ayant été amené, il y a deux ans, à me réintéresser à la formulation de mes idées relatives au pluralisme juridique, j'avais le sentiment diffus, au moment où il fut question de ce colloque, que mes premières réflexions, formulées en 1989 dans le *Journal of Legal Pluralism* (1), n'épuisaient pas leur logique interne. Jusqu'à la veille de notre rencontre de ce jour, j'estimais devoir garder ma liberté d'action et ne pas devoir m'engager par écrit à un moment où la dernière chose que je souhaitais était de figer, même temporairement, ma réflexion. Je sais infiniment gré aux organisateurs de cette réunion d'avoir bien voulu accéder à ce voeu. Ce faisant j'ai cependant conscience d'avoir mis Norbert dans une position quelque peu embarrassante ; j'ose espérer qu'il me le pardonnera. En tout état de cause, le temps qui s'écoulera nécessairement entre notre rencontre et la publication des actes de ce colloque lui fournira l'occasion d'éventuellement se repositionner face aux idées que je vais maintenant développer.

En 1969, le Centre d'Histoire et d'Ethnologie juridiques (aujourd'hui disparu) de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, que dirigeait J. Gilissen, organisait à Bruxelles un colloque international consacré au pluralisme juridique. Le directeur du Centre, au sein duquel j'exerçais, indépendamment de mes enseignements en faculté de droit, les fonctions de maître de recherches, me demanda d'assurer la synthèse finale des travaux (2).

Il en résulta une définition du pluralisme juridique, hypothèse de départ de cette synthèse, mettant l'accent sur "*l'existence, au sein d'une société déterminée , de*

(1) *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 28, 1989, pp. 149-157, sous le titre "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later".
(2) *Le Pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971 et plus particulièrement pp. 19-56 pour l'"Essai de Synthèse" auquel je me référerai dans ce texte par son titre.

mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques" (3). Cette définition eut l'heur de plaire à certains. Elle fut reprise, pour l'essentiel, dans le *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (4), élaboré sous la direction d'A.-J. Arnaud, aux rubriques "*Pluralisme juridique*" et "*Pluralisme juridique en anthropologie juridique*" dues respectivement à J.-G. Belley et à...N. Rouland (5). Ce dernier développait même mon postulat en insistant sur le caractère hiérarchisé de l'ordonnancement ainsi obtenu, lecture du phénomène qu'il confirme dans l'essai préparé en vue de notre réunion, témoignant par là même d'une plus grande constance que moi dans la réflexion. Mais pourquoi ai-je cru, personnellement, devoir ainsi virer de bord à 180 degrés ?

Premier élément de réponse. Comme nombre de mes contemporains et ce dès les années soixante, j'ai développé au fil des ans une solide aversion pour les folles distinctions, révélatrices d'un impensé moniste tenace et désespérément refoulé, qu'effectuent de nombreux théoriciens du droit (y compris l'un de ceux à qui je dois entièrement mon ouverture à la sociologie juridique et que je continue à admirer profondément, - je veux parler du Doyen Jean Carbonnier (6), entre d'une part LE droit et de l'autre les droits *non-officiels*, *officieux* ou *cachés* (alors que simultanément ils ne sont pas nécessairement prêts à lier indissolublement droit et pouvoir étatique), les ordres juridiques *mineurs* (qui me font irrésistiblement penser au dédain qu'affectaient mes maîtres jésuites à l'égard des frères maristes, tout justes bons à enseigner les humanités modernes) ou les *infra-droits* (qui évoquent immédiatement pour moi l'*Untermensch* cher à un certain Adolphe). L'écoulement du temps et sans doute l'observation de la vie du droit m'ont convaincu , sans avoir lu Petrazycki, dont j'ignorais l'existence jusqu'à ce matin, que tous les phénomènes, ainsi qualifiés afin d'être ravalés dans une sous-catégorie du droit (ou une catégorie de sous-droits), étaient du droit au même titre que LE droit, dès lors qu'ils réunissaient certains des critères permettant de les faire entrer dans le champ juridique.

Sans doute, et Norbert Rouland a parfaitement raison de le souligner dans sa contribution, sommes-nous, et donc étais-je alors renvoyé à un problème de définition du droit dont chacun sait qu'il constitue l'un des tonneaux des Danaïdes de la théorie générale de notre discipline. Je ne me hasarderai pas à essayer ici de lui donner un fond ; ce n'est ni le lieu, ni l'endroit et serait indiscutablement un signe d'*hubris* qui attirerait sur moi, et peut-être sur cette salle, la colère des dieux. Dieu (comme LE droit) m'en préserve. Je pose donc en postulat, comme je l'ai toujours fait et persiste provisoirement à le faire, qu'il existe un champ sémantique propre au juridique. Si je ne le faisais pas je trahirais ce que Norbert appelle si justement une partie de notre "*raison d'être*". J'affirme en outre que, dans la définition, inévitable, de ce champ, je suis prêt à faire preuve à la fois d'une très grande largeur de vues et d'une extrême souplesse.

C'est ainsi que dans ma quête du juridique, je dépasse, bien entendu, toutes les situations où une délégation, même tacite de l'État, confère à une société, à travers certains organes y exerçant un certain pouvoir, celui de créer du droit, même jurisprudentiellement ; ce sera le cas, pour reprendre deux exemples cités en sens contraire par Jean Carbonnier (7), des acteurs sociaux au sein de l'entreprise lorsqu'ils

(3) *Idem*, p. 19.
(4) Paris - Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence - Story-Scientia, 1988.
(5) *Idem*, pp. 300 et 303.
(6) Le choc révélateur s'est produit en 1956, alors que j'étais en dernière année de droit, lorsque Jean Carbonnier vint prononcer à l'Université libre de Bruxelles une conférence sur le nominalisme des créances.
(7) *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, pp. 213-214.

édictent un règlement d'atelier ou du père de famille dans l'exercice de son autorité domestique en droit suisse. Le pouvoir "législatif" qu'exercent les uns et l'autre m'apparaît, comme à Jean Carbonnier, clairement "*intégré*" au système juridique dont il dérive ; envisagé sous cet angle, je puis, comme lui, y voir une confirmation de la vocation fondamentalement moniste du droit étatique.

Faut-il, pour autant appeler les résultats de l'exercice de ce pouvoir de l'*infra-droit* ? Je ne le pense pas ; c'est là que je me sépare de celui qui a été le maître de nombre d'entre nous et dont je suis enclin à penser qu'il ne parvient pas, inconsciemment sans doute, à échapper à une vision essentiellement "étatique" du droit. A mes yeux, les acteurs sociaux, aussi bien que le père de famille, créent du droit et celui-ci n'a aucunement besoin de la soi-disant légitimité que lui conférerait LE droit pour entrer dans le champ juridique. De même, et je disais déjà en 1969, la "loi du milieu" est droit, même si elle s'oppose de manière radicale aux principes fondamentaux qu'établit LE droit. Je pourrais multiplier les exemples de ce type.

Je ne puis en outre m'empêcher de faire remarquer, au passage, - car j'aurai l'occasion d'y revenir - , que si l'on refuse, comme le fait Jean Carbonnier, d'admettre que dans les deux exemples précités, ceux du règlement d'atelier et des règles posées par le père de famille, on se trouve en situation de pluralisme, il ne peut être question de la reconnaître dans le maintien en vigueur des droits dits "indigènes" ou "coutumiers" pendant la période coloniale ; en effet ceux-ci n'existent dans la société coloniale qu'en vertu d'une reconnaissance par l'ordonnancement juridique que sécrète cette société, reconnaissance qui s'accompagne de divers mécanismes de contrôle assurant la conformité des droits locaux à l'ordre importé par le colonisateur.

Poursuivant mon élargissement du champ juridique, il m'apparaît qu'une situation de pluralisme se manifeste clairement lorsqu'en France des Musulmans continuent, sans que le droit français le prévoie, à vivre selon des principes de leur droit, que ceux-ci entrent ou non en conflit avec les conceptions de l'ordre public de la société française (8). Jean Carbonnier estime que dans ce cas se manifeste un *infra-droit* ou un *sous-droit* dont les mécanismes ne possèdent pas de caractère juridique, que ce soit selon les critères du droit "dogmatique" ou selon ceux de la sociologie juridique. Sur ce point je me sépare à nouveau de lui dans la mesure où il formule une distinction que je récuse en tout état de cause, mais aussi dans la mesure où, à mes yeux, ce qui est essentiel est précisément que les personnes en cause "*les croient juridiques*" (9), alors qu'à ses yeux cela ne suffit pas. Je professe au contraire que si, à l'occasion d'un rapport social, ses acteurs estiment que certaines règles relèvent du droit et qu'ils définissent ainsi, même de manière très diffuse, un champ qui lui est propre, je pense qu'il y a droit.

C'est ainsi qu'en pays zande, pendant la période coloniale, alors qu'il était manifestement impossible d'extraire une définition du droit d'une autorité locale, j'ai rencontré des jugements dans lesquels la distinction était clairement faite entre les mécanismes (et non les règles) qui, dans le champ infiniment divers des rapports sociaux, relevaient du pouvoir et ce qui devait être régi par d'autres ordonnancements, moins formalisés et échappant à la compétence de l'autorité (10). Tel était le cas de la femme venue se plaindre à l'autorité du fait que son mari ne la gardait pas au chaud près de lui une fois accompli le devoir conjugal. Il lui fut répondu que ce dernier était essentiel et que le refus de l'accomplir était incontestablement de la compétence du chef. Mais que, pour le reste, et notamment pour les égards témoignés après l'acte, le mari était sans doute mal éduqué, peu aimable, bien

(8) *Op. cit.*, p. 214.
(9) *Ibidem.*.
(10) On en trouvera des traces dans mon *Coutumier, manuel et jurisprudence du droit zande*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1969.

égoïste, et violait en cela des principes qu'il était souhaitable de respecter au sein du couple, mais ne contrevenait pas à une obligation relevant de l'autorité. De toute évidence se manifestaient ainsi deux ordonnancements de nature différente dont l'un bénéficiait d'une reconnaissance particulière en rapport direct avec l'exercice du pouvoir socio-politique, ce que nous appellerions du droit.

Cette insistance sur une conception élargie du champ du droit a été amorcée par moi dès 1969. Dans ma définition du pluralisme juridique de cette année, j'estimais, et cela m'a valu quelques commentaires acerbes de positivistes convaincus (11), qu'il fallait remplacer le mot "règles", qui était jusqu'alors nécessairement associé par moi à la définition du droit (celui-ci n'est-il pas un "ensemble de règles qui ..." ?) depuis près de vingt ans, c'est-à-dire depuis le début de mes études de droit, par celui de "mécanismes".

Ce faisant je souhaitais élargir une conception du droit et aussi de ses sources formelles procédant d'une vision très "continentale" (les Américains ou les Anglais diraient "civiliste") du droit. Selon elle, seules la loi et la coutume généraient des dispositions de caractère permanent et général (des "règles" donc) et méritaient en conséquence l'appellation de "sources". Pareille qualité ne pouvait en conséquence, et très logiquement, être reconnue à la doctrine ou à la jurisprudence, ni a fortiori aux actes de la pratique. C'était ce que m'avait appris jusqu'alors non seulement mes maîtres de l'Université libre de Bruxelles, mais encore mon "idole", Jean Carbonnier, dans ses manuels de droit civil de la collection Thémis. Ainsi, dès 1969, l'heure de l'iconoclasme était arrivée.

La fréquentation du paysan zande et la primauté absolue qu'il accordait au fait dans la solution des conflits m'avait, dès 1959, donc dix ans plus tôt, éloigné de cette conception ; l'étude de l'histoire comparative du droit et des institutions, notamment dans les travaux de la Société Jean Bodin, dont j'assume aujourd'hui le secrétariat général, m'avait confirmé dans cette lecture du phénomène juridique et la fréquentation des "réalistes" américains au cours de séjours d'enseignement aux États-Unis avait achevé de saper mes convictions de jeunesse quant à l'identification nécessaire du droit à la règle. J'en étais même venu, par esprit de contradiction sans doute, à préférer à celle-ci l'exception ...qui la confirmait !

Deuxième élément de réponse. Toute société génère des ordres régulateurs divers et multiples, parmi lesquels figurent aux côtés de la grammaire, de la politesse, de la mesure du temps, de la morale ou de la mode, le droit (eh, oui ! Pourquoi pas le droit ?). Il y a cependant entre ce dernier et tous les autres une différence de degré qui me paraît tenir à sa vocation particulièrement totalitaire. Tout ordre régulateur possède ce caractère, mais sans doute dans une mesure moindre que le droit. Étroitement associé à la forme sans doute la plus formalisée du pouvoir, le droit ne peut être qu'un et un seul visant simultanément au totalitarisme interne et à l'autonomie vis-à-vis de l'extérieur ; ce double objectif trouve son expression parfaite dans le mot "souveraineté", lequel s'applique aussi bien à l'ordonnancement interne qu'à l'ordre externe.

Cependant, et je tiens à le souligner, il s'agit bien là d'une vocation du droit. Aucun système ne parvient sans doute à la réaliser pleinement, si on excepte celui du *Meilleur des Mondes* d'Aldous Huxley. Et encore ! Le "sauvage" ne finit-il pas par y échapper en mettant fin à ses jours. Le caractère totalitaire du droit, s'il était

(11) Ces reproches me furent particulièrement faits lors de la présentation au Centre interuniversitaire de Logique que dirigeait Chaïm Perelman de mes "Aspects de la règle de droit dans l'Afrique traditionnelle", *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 131-141 et plus particulièrement p. 136. Je remarque aussi que J.G. Belley parle, lorsqu'il reprend ma définition, de "règles" de droit identiques s'appliquant à des situations différentes.

poussé à l'extrême et se réalisait donc pleinement, aurait en effet comme conséquence soit la constitution de contre-pouvoirs sécrétant un ordonnancement qui leur est propre et entraînant par là même l'échec du monisme totalitaire, soit la fuite des sujets de droit vers d'autres sociétés plus accueillantes, soit enfin cette fuite ultime, destructrice à long terme de la société, que constitue le suicide ; sans aller jusqu'à la fiction du *Meilleur des Mondes*, le Japon contemporain ne nous en fournit-il pas un exemple avec les suicides d'adolescents ne voyant que cette issue à un totalitarisme social leur imposant un modèle sociétal où l'échec académique n'a pas de place.

Dans la mesure où le totalitarisme ne parvient pas à s'accomplir, il lui reste une issue : intégrer, comme dit Jean Carbonnier, les systèmes qui se révèlent réfractaires à sa vocation totalitaire. Ce faisant, il étale au grand jour à la fois son incapacité à être parfaitement totalitaire (mais peut-on l'être imparfaitement ?) et son souci de ne pas perdre la face en qualifiant les systèmes inclus à l'aide de termes divers marquant tous leur infériorité par rapport à lui. Ainsi naissent les *sous-droits*.

Dès lors, si on accepte ce caractère totalitaire de tout ordonnancement juridique et pas seulement, je m'empresse de le dire, du droit étatique, il ne peut être question de voir coexister dans une société déterminée (je reviendrai dans un instant sur ce point particulier) des mécanismes relevant d'ordonnancements juridiques différents autrement que sous une forme hiérarchisée, l'un de ces ordonnancements s'arrogeant le pouvoir de poser les termes de référence de cette hiérarchisation. Norbert Rouland semble l'avoir entr'aperçu, mais sans en tirer les ultimes conséquences, lorsqu'il parle d'une hiérarchisation des ordonnancements juridiques.

En effet le seul recours à la notion de hiérarchie suppose nécessairement un pouvoir hiérarchisant, donc un ordonnancement de référence, supérieur à ceux qu'il organise en une hiérarchie dont il occupe le sommet. C'est également la position adoptée implicitement par Jean Carbonnier lorsqu'il se réfère à un "*système juridique global*" et refuse de qualifier "*véritablement*" de droits les "*phénomènes de prétendu droit ...non intégrés au système, à l'état sauvage*" (12). Dès que l'on raisonne ainsi, on ne peut plus, à mon sens, parler de pluralisme, puisqu'on présuppose l'existence d'un système de référence par rapport auquel s'apprécie et s'ordonnent les autres droits.

L'implication majeure, parce que nécessaire, de cette constatation est d'écarter du champ du pluralisme un nombre important, sinon la totalité des phénomènes pluralistes reconnus comme tels jusqu'à présent. Tel serait le cas, pour ne prendre que quelques exemples parmi les plus marquants, pour :

- Les systèmes juridiques coloniaux qui constituaient jusqu'à présent des modèles de pluralisme et, dans certains cas, le point de départ de théories importantes, comme celle de Hooker (13), indépendamment du fait qu'ils étaient ceux qu'en 1969 je pratiquais depuis plus de dix ans. Il s'agit là de systèmes caractérisés précisément par cette hiérarchisation que met en évidence Norbert Rouland, fondant en partie sa théorisation sur une observation rigoureuse de ces sociétés. Or, de toute évidence, dans ces systèmes, la vocation du colonisateur est totalitaire et son objectif ultime l'élimination des systèmes endogènes à travers leur transformation et leur évolution vers la "civilisation" ; ils ne survivent que dans les limites de leur conformité aux principes prévalant dans les systèmes coloniaux auxquels le colonisateur attribue, pour la circonstance, le monopole de cette même "civilisation".

---

(12) *Op. cit.*, p. 212.
(13) *Legal Pluralism - An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

- Les systèmes juridiques dits mixtes, comme celui de l'Afrique du Sud ou du Québec dans lesquels le caractère totalitaire du système dominant, en l'occurrence, celui de la *common law* anglaise associée à l'établissement dans ces pays du pouvoir britannique, est quelque peu masqué. L'absence d'un écart considérable entre les caractères culturels, économiques, politiques et sociaux des sociétés en présence a en effet pour résultat de gommer l'aspect totalitaire du système dominant. Et cependant il est difficile de contester celui-ci. Pendant longtemps la domination de la *common law* et la phagocytation progressive qu'elle opère des systèmes qu'elle reconnaît (qu'il s'agisse du droit français de la coutume de Paris, du droit canonique applicable en matière matrimoniale, puis du Code civil du Bas-Canada en Amérique ou du droit romano-hollandais en Afrique du Sud) sont assurées par une administration de la justice, donc par une jurisprudence, dont la production est confiée exclusivement à des juges de *common law* et, au sommet de la hiérarchie, par le Comité judiciaire du Conseil privé. Certaines décisions de celui-ci, "gardien de l'unité juridique de l'Empire", ne laissent aucune place à l'ambiguïté sur ce point (14).

- L'inclusion dans le champ du pluralisme de toutes espèces de situations que j'avais cru pouvoir y inclure dans ma synthèse de 1969 et notamment celles où des mécanismes différents s'appliquaient dans des situations identiques à de nombreuses catégories de citoyens, comme les mineurs, les femmes, les commerçants, les diplomates, etc... Dans une correspondance privée réagissant à cette synthèse, Jean Carbonnier m'avait fait part de sa réticence à aller aussi loin dans l'extension du champ du pluralisme ; celle-ci avait en effet pour résultat la destruction du caractère moniste de systèmes comme le système juridique français et cela lui paraissait difficile à admettre. Il avait raison et sa critique a certainement été, par une lente pénétration au fil des ans, l'un des points de départ de ma réflexion actuelle.

Elle a cependant abouti à nier leur caractère pluraliste aux systèmes coloniaux ou mixtes dont Jean Carbonnier, comme moi, admettait, à l'époque et dans la même correspondance, qu'ils constituaient des modèles de pluralisme. En effet lorsqu'un système juridique définit, par rapport à un citoyen-type, explicitement ou par référence à d'autres ordonnancements juridiques, un statut particulier, pour certains actes, du commerçant, du diplomate, de la femme mariée ou du mineur, je persiste à soutenir que sa démarche est en tous points identiques à celle du colonisateur ou du système dominant dans un système mixte, lorsqu'ils reconnaissent aux dominés l'application, dans certaines limites qu'ils définissent, d'une partie de leur système propre.

Troisième élément de réponse. Dans mon texte de 1969, je suivais un courant, déjà bien lancé à l'époque dans le milieu des anthropologues et des sociologues, mais se manifestant plus rarement chez les juristes, consistant à ne plus envisager l'existence du droit par rapport exclusivement à l'État ; à cet égard la lecture, pour la préparation de ma synthèse, de Santi Romano (15), avait été décisive. J'élargissais donc, dans ma définition, le champ de référence à **toute** société indistinctement. La référence au social ne m'en apparaissait pas moins comme essentielle. Fortement influencé également par H. Lévy-Bruhl, avec qui j'avais eu l'occasion d'avoir un long entretien dans son bureau de la Sorbonne sur le thème de mon expérience en pays zande et dont j'avais lu, entre autres, la *Sociologie juridique* (16), j'inclinais à penser qu'il n'y avait pas de société sans droit et même que le droit était la discipline sociale par excellence. Réagissant contre le monisme

(14) Voir, par exemple, *Despaties v. Tremblay*, sur un appel civil du Québec, (1921) 1 A.C. 702.
(15) *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962.
(16) Paris, Presses universitaires de France, 1961, dans la collection Que Sais-Je ?.

fondé sur l'État que m'avaient enseigné mes maîtres à l'Université (tout comme je rejetais leur insistance sur la règle en tant qu'essence du juridique), je considérais la société au sens le plus large du terme et rencontrais évidemment peu d'adhésions quand je me hasardais à parler dans mon "Essai de synthèse" du droit de la mafia, alors que mes interlocuteurs n'hésitaient pas, quant à eux, à parler de "la loi du milieu".

Cependant, en me référant ainsi à la société au sens le plus large du terme, j'ai le sentiment aujourd'hui que, fuyant devant l'État, je n'ai fait que déplacer le problème en persistant à croire, comme le dit si bien Norbert Rouland que "*toute société pratique une multiplicité d'ordonnancements juridiques*" (17). C'est là que gît, j'en suis convaincu, notre erreur fondamentale. Comme l'État, les sociétés, qu'elles soient lignagères ou associatives, sont totalitaires ; comme lui elles sont hiérarchisantes et réalisent, le mot est révélateur, un "ordonnancement" juridique. Comme l'État, lorsqu'elles concèdent éventuellement certains pouvoirs à d'autres sociétés, cette concession est fondée sur la dialectique qui, de manière permanente, les confronte les unes aux autres et, évidemment, à l'État, lorsque celui-ci est présent. Dans ce contexte d'ailleurs, sauf à poser clairement et sans discussion un terme de références, il est extrêmement difficile de dire qui concède à qui, qui est le dominant ou le dominé, qui "ordonnance" ou qui hiérarchise.

La seule conclusion que l'on puisse en tirer logiquement est d'abandonner toute référence à la société et particulièrement à une société déterminée en parlant de pluralisme. C'est ce que je n'ai pas su faire dans ma première mise au point de 1989 ; n'écrivais-je pas que "*celui-ci* [le pluralisme] *ne se conçoit qu'au sein d'une société, nous préférerions même dire d'*un *ordre juridique déterminé*" (18). Cette conception du pluralisme suppose que l'on décide qu'il existe une société de référence, une société "globale" plus étendue ou plus importante, à nos yeux du moins, que les autres qui contribuent à la rendre pluraliste ; le plus souvent, d'ailleurs, pour faire bonne mesure, cette société de référence sera la nôtre. C'est précisément contre cet "auto-centrisme" que je souhaite réagir en déplaçant l'approche du phénomène en direction de l'individu.

Mais alors, parvenus au terme de cette entreprise de destruction de ma propre réflexion d'il y a vingt ans, reste-t-il encore dans mon propos, tenu dans un colloque qui lui est consacré, une place quelconque pour le pluralisme juridique ? J'en suis convaincu, étant prêt à passer pour un renégat, mais pas pour un fossoyeur, métier que je trouve triste.

Premier élément de la reconstruction. Commençons par renverser la pyramide classique qui part du sommet, l'État ou, plus généralement, la société, pour descendre vers l'individu, vers le sujet de droit. Allons résolument vers la base, vers ce "sujet" (le mot marque bien où gît, dans les théories classiques, la priorité). Ce faisant il n'est pas question de nier en quoi que ce soit le caractère essentiellement sociétal du droit. Tout, en l'occurrence, est question de point de vue, d'angle d'attaque ou d'approche du phénomène. Même s'ils ne sont pas marxistes, par vocation, les positivistes partent de l'État. C'est lui, et lui seul, qui donne son véritable sens au phénomène juridique. Hors lui, point de droit. Et lorsque les anthropologues et les sociologues s'y intéressent, ils demeurent tributaires de ce mode de pensée, se bornant à y substituer, ce que j'ai fait moi-même en 1969, les diverses formes qu'est susceptible d'adopter le phénomène social. Ils ont d'ailleurs d'excellentes raisons de

(17) *Supra*, note 5, p. 303.
(18) Voir mon "Return to Legal Pluralism", cité en note 1, p. 150.

le faire puisque leur discipline a précisément pour objet les sociétés. Je propose de suivre un cheminement inverse et de considérer d'abord l'individu.

Deuxième élément de la reconstruction. Tout individu, sauf exception toujours possible, est, - c'est une constatation qui n'a rien d'original - , le point de rencontre de multiples réseaux sociaux. Remarquons seulement que je préfère volontairement le terme "réseau" à celui de "champs" employé par d'autres théoriciens du pluralisme (19). J'ai le sentiment que le second reflète, peut-être inconsciemment, la dimension territoriale des sociétés (dans le cas de l'État, la notion de territoire est souvent considérée comme l'un de ses attributs essentiels). Or je souhaite mettre l'accent sur la dimension personnelle du phénomène juridique bien plus que sur sa dimension territoriale. Il existe, dans le monde, un nombre incalculable de sociétés, - certaines religions en sont un exemple, les associations professionnelles un autre, tous deux particulièrement convaincants - , qui sont totalement dépourvues de bases territoriales. Mais revenons à l'individu enchâssé dans de multiples réseaux.

Prenons-en immédiatement un exemple qui n'a rien d'exotique et qui se situe dans le cadre de la société étatique chère aux positivistes. Un collègue, médecin de profession, enseignant à temps partiel à l'université, joueur de football dans ses heures de loisir, rejeton par ailleurs d'une noble famille aux traditions bien ancrées et vivantes tandis qu'il est lui-même père de famille, membre de l'une au l'autre association philanthropique (franc-maçonnerie ou Rotary, peu importe) ou scientifique (une Académie par exemple), enfin citoyen belge et, à ce titre, habitant de l'une des trois Régions (au sens constitutionnel du terme) du pays et membre de l'une de ses trois Communautés, toujours dans le même sens, est le point de rencontre de pas moins d'une dizaine d'ordonnancements que j'appellerai juridiques.

Il s'agira en l'occurrence tout d'abord des mécanismes propres au statut du corps enseignant de l'Université et à celui de la magistrature. Puis viendront ceux propres aux règlements de l'Union royale belge de Football Association et, pour peu que son talent le justifie, ceux régissant les compétitions européennes dans le cadre de l'Union européenne de Football Association. Je passe rapidement sur les mécanismes propres aux familles qui méritent encore ce titre d'un point de vue sociétal. Qu'il s'agisse du Rotary International (ou du chapitre belge auquel il appartient) ou encore de la Loge, les uns comme l'autre le soumettent à un ordonnancement de son activité en leur sein. Enfin point n'est besoin de mettre longuement en évidence l'insertion de notre collègue dans LE droit qu'il s'agisse de celui de l'État belge, de la Communauté française (nous postulons qu'il est francophone) ou de la Région bruxelloise (en supposant toujours qu'il soit domicilié dans les 19 communes composant celle-ci).

Supposons maintenant que ce collègue commette dans l'exercice de ses fonctions professorales un acte dont certains estiment que l'ordonnancement socio-juridique, qui les régit en même temps qu'il régit l'intéressé, le réprouve. Quatre réseaux sociaux sont ainsi susceptibles d'être impliqués en fonction de la gravité des faits à leurs yeux et, bien entendu dans la mesure où ils en sont informés : l'Université, la Magistrature, la famille et l'État. Ils disposent chacun, à l'égard de cette personne, d'un arsenal de sanctions au caractère très divers : sanctions disciplinaires, pouvant aller jusqu'à l'exclusion de l'institution ou la radiation de l'Ordre (avec le corollaire, presqu'inévitable, de l'interdiction d'encore exercer) ; rupture des relations familiales avec éventuellement divorce de l'épouse ; sanctions

(19) C'est le cas notamment de S. Falk-Moore dans "Law and Social Change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review*, vol. 28, 1973, pp. 719-746.

pénales enfin si l'État se saisit des faits. J'ai bien dit "sont susceptibles" d'être impliqués. En effet certains des réseaux sociaux en cause peuvent fort bien choisir de ne pas se saisir du problème ; ou encore s'en étant saisi de ne pas y voir matière à conséquences pour l'intéressé. Mais il est aussi possible que l'individu en cause se retrouve dans une situation d'ostracisme virtuel des divers réseaux dont il était jusqu'alors membre. Exclu des uns, répudié par les autres, il est éventuellement enfermé et confronté dans le lieu carcéral à d'autres réseaux, possédant eux aussi leurs ordonnancements propres ; je veux parler de la prison où la loi des matons n'est pas nécessairement celle des détenus.

On pourrait évidemment poursuivre l'exemple en prenant la même personne, outragée par la décision injuste d'un arbitre lors d'un match de Coupe d'Europe et manifestant ce sentiment par une paire de gifles retentissantes assénées à l'homme en noir. Coups et blessures volontaires sans intention de donner la mort aux yeux du réseau étatique et de ses principes tels que les formule le Code pénal ; sanction : l'amende, voire, mais c'est peu vraisemblable, la prison. On constate d'ailleurs qu'en pareils cas, l'État se désintéresse généralement du problème. Outrage à un arbitre dans l'exercice de ses fonctions aux yeux de l'Union européenne ; sanction : l'exclusion définitive des matches de Coupe d'Europe et des autres compétitions européennes. Conduite indigne d'un joueur aux yeux du club dont notre collègue fait partie ; sanction : variable, mais pouvant aller jusqu'à l'exclusion. Et ainsi de suite. Chaque réseau réagit, ou ne réagit pas, en fonction de multiples paramètres qu'il est impossible et inutile de développer ici.

Troisième élément de la reconstruction. Les ordonnancements qui se rencontrent, sans nécessairement être différents dans leurs mécanismes, à l'intérieur du champ clos de chaque comportement individuel ne sont pas nécessairement hiérarchisés. Leur multiplicité dans une situation identique suppose toutefois fréquemment un agencement, même minimal, de leur mise en oeuvre. Mais c'est l'individu qui détermine lui-même cette hiérarchie en fonction de paramètres qui n'ont pas nécessairement un caractère institutionnel, ni même une grande stabilité. Confronté à un choix éventuel entre les solutions que lui offrent deux ou plusieurs ordonnancements concurrents le sujet de droits, effectue un choix qui le conduit à préférer l'un à l'autre ou aux autres. Il établit ainsi lui-même, pour la circonstance, une hiérarchie ad hoc des ordonnancements juridiques qui convergent vers lui. C'est ce que constatent de nombreux observateurs du pluralisme lorsqu'ils parlent, par exemple, de "*forum shopping*" ou, comme préféreraient peut-être dire mes amis canadiens de "magasinage de for" !

Lorsque, comme c'est le cas dans la théorie que je défendais depuis 1969, cet agencement des mécanismes multiples est le fait et se situe à l'intérieur d'un système (c'est la cas dans les systèmes coloniaux, les systèmes mixtes ou encore ceux "reconnaissant" un statut particulier à certaines catégories de leurs sujets), nous sortons du cadre du pluralisme pour retrouver celui du monisme totalitaire propre à tout système.

Dernière observation. L'intervention de chacun des réseaux sociaux dont l'individu est membre peut avoir, à l'égard de celui-ci, des conséquences qui sont sans rapport avec la hiérarchie qui serait supposée exister entre leurs différents ordonnancements juridiques. Ainsi le médecin radié subit de la part d'un système réputé hiérarchiquement inférieur et même éventuellement contrôlé par LE droit, une sanction qui peut être bien plus grave que la peine, souvent de principe, que lui infligera ce même droit. De même le véritable ostracisme imposé par certaines familles à ceux de ses membres qui "fautaient" constituait souvent pour ceux qui

devaient le subir une sanction infiniment plus pénible que celle comminée éventuellement par l'État.

Dernier élément de la reconstruction. Tout individu, à moins qu'il ne vive comme le stylite dans le désert (et encore celui-ci échappe-t-il, par vocation, à tout cadre et donc à tout ordonnancement social et partant juridique), se situe au coeur d'un nombre variable de réseaux sociaux, et donc d'ordonnancements juridiques. C'est précisément ce qui constitue le pluralisme juridique, celui-ci pouvant être considéré comme la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnancements juridiques. Dès lors l'expérience nous apprend que le pluralisme est de l'essence même du droit. Conséquence logique de ce qui précède, l'individu n'est plus sujet de droit, mais bien sujet de droits.

Pareille conception, qui, dans ses conclusions, rend caduques celles auxquelles j'avais abouti en 1969 me paraît, indépendamment de son éventuelle logique interne, présenter un avantage considérable pour le comparatiste et donc pour le théoricien général du droit. En effet elle permet de relativiser de nombreuses approches de systèmes étrangers, approches qui sont souvent biaisées par la nécessaire référence à un ordre juridique de départ. Tel est le cas de toute comparaison. Ce point m'a particulièrement frappé au cours de l'élaboration, relativement récente, du rapport général de synthèse d'un congrès international consacré à la peine (20).

Reproche m'a été fait par l'un des rapporteurs (21) d'être un zélateur de "*l'impérialisme culturel*" en proposant aux participants au congrès une grille d'analyse préparatoire à leurs rapports fondée principalement sur les droits de l'Occident contemporain. La place n'est pas ici de répondre à ce reproche ; je l'ai fait dans la synthèse générale précitée. Mais, à l'occasion de ce débat, il m'est apparu de manière particulièrement claire qu'il était essentiel, dans l'analyse comparative, de partir du sujet de droits plutôt que du droit lui-même. Nous organisions un congrès consacré à la sanction pénale et ne rêvions pas d'y inclure des mécanismes d'auto-punition ou encore le suicide public de la victime voulu par elle afin de sanctionner le coupable, tout simplement parce que nous nous référions à l'ordonnancement juridique étatique de type européen qui ne prévoit pas ces sanctions. Mais si un Trobriandais (c'est à ceux-ci que se référait Peter Sack au départ des textes de Malinowski) voit dans le suicide public de la victime la sanction la plus grave qui puisse être infligée au coupable, il est parfaitement concevable que le même Trobriandais, chargé d'organiser un congrès international consacré à la peine, privilégie ce type de sanction comme base de la comparaison et rejette par contre de son analyse comparative les sanctions que commineraient les droits européens contemporains.

Cependant ne serait-il pas préférable pour l'un et l'autre comparatiste de ne pas partir d'une conception particulière de la peine, mais plutôt de l'individu encadré par un ou plusieurs ordonnancements juridiques de la même façon que nous centrons le pluralisme sur cet individu. Ceci permettrait de revenir à une "anthropo-logie" sociale ou juridique, discipline étudiant l'homme et d'abord l'homme, en tant que centre de réseaux sociaux, ceux-ci s'installant au second plan de la réflexion. De même il ne serait plus tellement question de l'individu vivant en société que du sujet de droits inscrivant ses actes au sein de sociétés.

Si nous admettons les développements qui précèdent, force est bien de conclure que :

---

(20) "La peine - Essai de synthèse générale", *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 56, Bruxelles, De Boeck, 1991, pp. 435-512.
(21) Sack P., "Punishment in Melanesia and Kima'i's Suicide. Instead of a General Report", *idem*, pp. 421-433, plus particulièrement p. 533.

- tout système juridique est moniste dans son totalitarisme ;
- ceci exclut l'existence de systèmes juridiques pluralistes ;
- le pluralisme n'en est pas moins la caractéristique essentielle du juridique ;
- ce pluralisme, qui ne peut se situer au niveau du système social, se rencontre à celui de l'individu faisant nécessairement partie de systèmes sociaux, donc de systèmes juridiques, ce qui justifie sa qualification de sujet de droits.

Je modifierais donc ma définition de 1969 de la manière suivante : le pluralisme juridique est *la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation.*

Ceci posé, qui réduit à néant les premières pages de mon essai de 1969, survit-il quelque chose des considérations qui suivaient dans mon "Essai de synthèse" relativement à l'origine, à l'objet, aux modalités et à la fin du pluralisme juridique ? On pourrait croire que non après pareil bouleversement de la prémisse fondamentale de l'analyse. J'espère avoir prochainement l'occasion de montrer qu'il n'en est rien. Pareils développements sortent toutefois du cadre de mon propos actuel qui entendait se concentrer sur le concept même de pluralisme juridique.

Conclusion

Les considérations qui précèdent vont à contre-courant de tout ce qui s'est écrit sur le pluralisme juridique depuis plus de vingt ans. J'espère qu'elles susciteront des réflexions. De celles-ci dépendra leur avenir. Ou bien elles seront l'un de ces multiples cours d'eau qui, jailli sans qu'on sache bien pourquoi dans le désert, s'étouffe et meurt avant d'avoir accompli son destin, c'est-à-dire avant d'avoir, par des voies souvent détournées, atteint l'Océan, en l'occurrence immense, de la théorie générale et de la sociologie du droit. Ou bien, - qui sait ? - , une prochaine édition du *Dictionnaire*, auquel notre collègue Arnaud a donné son nom, s'en fera-t-elle l'écho. Dans vingt ans en tout cas, il y a peu de chances que je sois encore là pour permettre au coq d'encore chanter trois fois.

PLURALISME JURIDIQUE ET DROIT NATUREL

Par

Alain SÉRIAUX
Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Directeur du Laboratoire de Théorie juridique

1 - Il en va des ordres juridiques comme des langues ou des religions : ils sont marqués du sceau de la diversité. La pluralité des droits dans le temps et dans l'espace est un fait incontournable. Au contraire, le droit naturel se présente d'emblée comme unitaire : il est universel et immuable, un *ius unum* qui a vocation a régir tous les peuples de tous les lieux et de toutes les époques. Aristote, l'un des premiers a avoir mis en avant cette notion de droit naturel, affirmait sans ambages que "ce qui est d'origine naturelle est ce qui en tous lieux a le même effet" (1). Dès lors se pose avec acuité la question même de l'existence du droit naturel. Celui-ci n'est-il en réalité qu'une simple théorie dont l'expérience commune de la diversité démontre la vacuité ? Saint Thomas d'Aquin résumait parfaitement cette difficulté en disant : "ce qui est naturel est immuable et pareil chez tous. Or il n'y a rien de tel dans les choses humaines où l'on voit que toutes les règles du droit humain sont caduques dans certains cas et n'exercent pas partout leur vertu. Il n'y a donc pas de droit naturel" (2).

2 - Pour résoudre cette difficulté la philosophie du droit a emprunté, successivement ou simultanément, deux voies principales. La première est celle du scepticisme et du relativisme. Elle a débouché sur le positivisme. Dans cette perspective en effet, il n'y a pas lieu de privilégier un système juridique par rapport à un autre. Toutes les cultures se valent parce que chacune peut avoir sa raison d'être *a priori* aussi légitime que la culture voisine. Comme l'affirmait déjà Pascal, il est vain de soutenir que la vérité est en-deça des Pyrénées et que l'erreur est au-delà. Au pire, il est possible que tous se trompent ; au mieux, tous ont raison. Mais finalement, nous n'en savons rien car "la justice et la vérité sont deux pointes si subtiles, que nos instruments sont trop moussés pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écorchent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai" (3). La bonne attitude consiste donc à ne porter aucun jugement de valeur sur un quelconque système juridique et de se borner à en étudier les contours apparents, l'expression positive. De là à nier l'existence du droit naturel il n'y a qu'un pas que

(1) *Éthique à Nicomaque*, V, 7.
(2) *Somme théologique* IIa -IIae q. 57, art. 2.
(3) *Pensées*, 82.

franchiront allègrement au XIXème et au XXème siècle les positivistes : le droit n'est que l'expression, à un moment donné de l'évolution d'un pays ou d'une civilisation des règles imposées par les pouvoirs publics (positivisme légaliste) ou des règles spontanément adoptées par les gouvernés (positivisme sociologique).

3 - L'autre voie a consisté au contraire à maintenir la notion de droit naturel mais en en révisant profondément le contenu. Il faudrait admettre un droit naturel muable par essence ou encore, comme l'a soutenu Stammler, un droit naturel "à contenu variable". Cette voie a été tout spécialement empruntée par Montesquieu dans son *Esprit des lois*. "Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés mais de la nature des choses" (4), telle est la formule-clé de cet important ouvrage. S'appuyant sur la nature des choses, Montesquieu considère en définitive que chaque culture a son inspiration propre, conditionnée qu'elle est par le climat, le terrain, les mentalités politiques dans lesquels elle se développe. L'on peut expliquer à partir de ces divers paramètres que dans certains pays la polygamie soit admise et dans d'autres non, qu'ici l'esclavage soit de mise et qu'il ne le soit pas ailleurs, *etc.* Or, expliquer c'est rendre raison, donner raison, justifier en définitive. Chaque système juridique devient ainsi intrinsèquement juste parce qu'il répond à d'inéluctables conditionnements extérieurs ou intérieurs. Chaque système juridique a ainsi *son* droit naturel qui n'est pas nécessairement le même que celui du pays voisin. Hegel a salué plus tard ce renouvellement complet de la notion de droit naturel opéré par Montesquieu. "Montesquieu écrira-t-il dans son Introduction aux *Principes de la philosophie du droit*, a défini la vraie vision historique, le véritable point de vue philosophique qui est de ne pas considérer la législation générale et ses déterminations isolément et abstraitement, mais comme élément conditionné d'une totalité en corrélation avec les autres déterminations qui constituent le caractère d'une nation et d'une époque ; dans cet ensemble elles reçoivent leur véritable signification et par suite leur justification" (5). On notera que le processus dégagé par Montesquieu aboutit à des résultats aussi radicaux que ceux auxquels prétend le positivisme. Ce dernier nie qu'il puisse exister au droit d'autres justifications que la force d'un seul ou du grand nombre. Si pour Montesquieu, au contraire, une justification trans-positive existe, en fait elle rend compte de n'importe quel ordonnancement juridique, à un moment quelconque de son histoire. Par suite, dans une doctrine comme dans l'autre, toute règle positive se trouve justifiée *par le fait même de son existence*. Il n'existe pas de norme supérieure capable de servir d'étalon aux règles du droit positif, capable en définitive de dire si elles sont justes ou non. Dans un cas comme dans l'autre le droit naturel ne joue plus sa fonction traditionnelle.

4 - Ainsi, le phénomène du pluralisme juridique a-t-il abouti à remettre en cause la conception classique du droit naturel, tantôt ouvertement en en niant jusqu'à l'existence, tantôt subrepticement en en défigurant le contenu. Toutefois une question subsiste. Le constat du pluralisme a été fait par les tenants mêmes du droit naturel classique. Ils ne l'ont pas ignoré. Et pourtant, cela ne les a pas empêchés de maintenir l'idée qu'au-delà de tout droit positif subsiste un droit naturel sans lequel le droit positif lui-même ne serait rien, ou, en tout cas, tout sauf du droit. Il serait donc pour nous du plus haut intérêt de voir comment ils ont réussi à concilier la pluralité avec l'unité, le multiple avec l'un. C'est la voie qu'ils ont tracée que nous allons tâcher d'emprunter à notre tour. Ce ne sera pas sans difficulté. Il s'avère en effet que leur conception du droit naturel ne nous est plus familière. Nous, juristes, l'avons

(4) *Esprit des lois*, préface.
(5) *Principes de la philosophie du droit*, 3.

oubliée alors que, pourtant, à notre sens, elle est celle qui permet de mieux comprendre le phénomène juridique, d'en épuiser le sens profond.

5 - Qu'est-ce, pour Aristote ou Saint Thomas d'Aquin, que le droit naturel ? Au départ la réponse paraît être la même que celle de Montesquieu. C'est le droit qui tient à la nature des choses, celui qu'on peut dégager de l'observation de la réalité. Mais, à la différence de Montesquieu, cette réalité que l'on observe, n'est pas un ensemble de conditionnements intérieurs ou extérieurs qui pèsent sur les comportements humains et les justifient ; ce qui est observé, c'est l'*ordre intime des choses* : le bon ajustement entre les êtres en relation, compte tenu des données mêmes de cette relation. Le droit naturel apparaît ainsi comme l'exacte mesure de l'ajustement entre deux ou plusieurs personnes dans une relation déterminée. Ce que, dans le terminologie aristotélico-thomiste, on appelle l'égal ou le juste : le juste milieu. Ce juste milieu est dicté par l'essence de la relation étudiée. Si, par exemple, j'observe une relation d' échange de biens, la notion même d'échange implique que les prestations réciproques soient équilibrées, sinon ce ne serait plus tout-à-fait un échange. L'on dira donc que, dans une opération d'échange, le droit naturel consiste dans l'équilibre parfait des prestations. À défaut de cet équilibre, une injustice est commise : l'une des parties aura plus que l'autre et il faudra alors procéder à une correction : à un rééquilibrage. L'on peut en dire autant de toute relation humaine et même, pensons-nous, de toutes les relations entre les hommes et les animaux, entre les hommes et Dieu, entre les hommes et les anges, *etc.* Dans tous ces rapports, il existe un point d'équilibre, un point d'ajustement parfait qui fournit l'exacte position de l'un par rapport à l'autre, la position juste. C'est cela le droit naturel. L'homme connaît de multiples relations mais chacune de ces relations obéit à des constantes. Elles sont multiples mais standardisées ; il est donc possible d'en dégager une nature ou une essence. C'est d'ailleurs parce qu'il y a une nature que nous pouvons donner son sens à tel ou tel type de relation. Notre raison saisit l'essence des choses, leur mesure, c'est-à-dire la loi qui préside à chaque type de relation : la loi naturelle.

6 - Si chaque relation est bien ordonnée, juste, conforme au droit naturel, elle participe à son tour d'un ordre plus vaste : celui de la cité humaine et, au-delà, celui du cosmos. Elle s'imbrique dans une unité d'ordre qui repose sur une loi unique aux multiples facettes. Cette loi n'est autre que Dieu lui-même principe premier et absolu de l'ordre universel des choses. Ainsi, le multiple bien compris est le reflet de l'un qui ordonne en sorte que supprimer le principe d'ordre, c'est supprimer l'ordre tout court et par là l'idée même de droit, ce qui est impensable compte tenu de notre expérience. Aussi est-ce un réflexe naturel de l'esprit humain qu'après avoir constaté l'existence d'un ordre, il en fonde l'origine dans un principe d'ordre qu'il s'agisse du Dieu unique et véritable des hébreux, des chrétiens et des musulmans ou d'un simple démiurge comme en trouve dans la plupart des mythologies traditionnelles. À ce titre, nous n'hésitons pas à affirmer que les théories évolutionnistes modernes qui font reposer la création de l'ordre des choses sur une heureuse conjonction de hasard et de nécessité constituent un net recul dans le développement de la pensée humaine. Par chance, le hasard produit des effets si heureux que l'on serait presque tenté de l'écrire avec un H majuscule - ce qui est une manière de le diviniser.

7 - Mais il faut bien comprendre que l'ordre des choses est complexe. S'il est aisé de dégager des lois générales (par exemple qu'il ne faut pas voler ou qu'il ne faut pas tuer), plus on s'enfonce dans le contingent, plus on touche de près aux circonstances propres à chaque type de relation déterminée, plus l'ordre intime immanent à cette

relation subira des corrections par rapport à la loi générale. C'est là qu'il y a place pour une *mutabilité objective* du droit naturel. Pour reprendre un exemple donné par Saint Thomas, il est clair qu'en principe un dépôt doit être rendu par le dépositaire au déposant. C'est dans la nature même des choses. Mais il se peut que la chose déposée soit une arme et qu'entre-temps le déposant soit devenu fou furieux ou un dangereux terroriste. Est-il donc juste -conforme au droit naturel- que le dépositaire lui restitue l'arme confiée ? La réponse est assurément négative. Le droit naturel a donc changé à cause des circonstances. Ainsi n'y-a t-il pas lieu de s'étonner que d'une région du globe à une autre des variations de ce qui est naturellement juste puissent se présenter. Prenons l'exemple de l'âge de la majorité. L'on peut dire que, par droit naturel, cet âge doit survenir à partir du moment ou l'enfant est suffisamment mûr pour être traité comme un adulte. Mais quel est cet âge ? La réponse varie selon le type de société dans lequel l'enfant évolue, plus encore suivant les formes d'éducation qu'il a reçues. Il se peut qu'au sein d'une tribu d'Afrique noire cet âge soit fixé très tôt alors que chez les européens il intervienne plus tard. Dans les deux cas, compte tenu de la nature des choses, le passage à l'état d'adulte sera conforme au droit naturel. Ne perdons jamais de vue que le juriste évolue la plupart du temps dans un monde où règne la complexité et où, par conséquent, ce qui est normal c'est que le droit naturel soit changeant d'un temps à un autre, d'un lieu à un autre.

8 - En outre, plus les relations examinées sont complexes, moins nos jugements sur ce qui est naturellement juste seront certains. La complexité engendre le pour et le contre, elle fait naître l'hésitation. Il y a donc fort à parier que d'un juge à un autre la solution positivement retenue puisse varier. "Le jugement humain, note Saint Thomas, est incertain, principalement quand il s'agit de choses contingentes et particulières ; c'est pourquoi il arrive que les jugements portés sur les actes humains soient divers selon ceux qui les donnent et que, par conséquent, de ces jugements procèdent des lois variées et contraires" (6). À cela vient s'ajouter une donnée fondamentale de la nature humaine : elle n'obéit pas toujours à la raison ou, plus exactement, notre raison normalement apte à discerner l'ordre intime des choses, est souvent obscurcie par nos passions ; nous ne pouvons pas voir ce qui est naturellement juste parce que nous ne le voulons pas. "De l'avis commun, note Aristote, on aperçoit aussi une sorte d'instinct qui répugne à la raison, la combat et lui tient tête" (7). Au total, ici encore, le jugement que nous émettons sur ce qu'il est juste de faire ou de ne pas faire risque fort d'être erroné : le droit naturel risque de nous échapper.

9 - Saint Thomas d'Aquin a fort bien résumé cet ensemble de raisons pour lesquelles le droit naturel n'est pas toujours facile à percevoir. "En résumé, dit-il, il faut dire que la loi de nature est identique pour tous, dans ses premiers principes généraux, tout autant selon sa rectitude objective que selon la connaissance qu'on peut en avoir. Quant à certaines de ses applications particulières qui sont comme les conclusions des principes généraux, elle est identique pour tous dans la plupart des cas et selon la rectitude objective et selon la connaissance qu'on en possède : toutefois, en quelques cas, elle peut comporter des exceptions, d'abord dans sa rectitude objective elle-même à cause de certains obstacles spéciaux (...) ; elle comporte encore des exceptions quant à la connaissance que l'on a d'elle-même ; c'est la conséquence de ce fait que certaines personnes ont une raison déformée par la passion, par une coutume perverse ou par une mauvaise disposition de la nature.

(6) *Somme théologique* Ia - IIae, q 91, art 4.
(7) *Éthique à Nicomaque* I, 13.

Ainsi jadis, chez les peuples germains, le brigandage n'était pas considéré comme une iniquité, alors qu'il est expressément contraire à la loi naturelle" (8).

10 - Quelles conclusions tirer de cet ensemble d'observations sur le droit naturel ? En quoi peuvent-elles nous aider à mieux appréhender le phénomène du pluralisme juridique ? Voici ce qu'à notre sens l'on peut dire.

1) De prime abord, le phénomène de la pluralité en droit ne doit pas être regardé avec suspicion par le jusnaturaliste. Il y a tout d'abord des cas dans lesquels le pluralisme est parfaitement justifié pour la bonne et simple raison que la nature même des choses varie d'un lieu à un autre ou d'un temps à un autre. Mais il convient immédiatement de souligner que ces cas sont peu nombreux. Les types de relations humaines sont à peu près partout les mêmes. Partout il y a des mariages, des échanges de biens, des rapports de parenté, des rapports des hommes avec le territoire qu'ils occupent, etc.. Or, dans ces types de relation le droit naturel est unique et invariable pour l'essentiel. Le pluralisme peut ensuite provenir d'une diversité des jugements dans les choses contingentes. Cette diversité de jugements est encore une bonne chose à condition d'en bien apprécier la portée. Elle ne signifie pas que chaque jugement porté soit parfaitement juste ; elle montre simplement qu'il y a matière à discussion. Tous ces jugements disent quelque chose du droit naturel, sinon ils n'auraient pas été rendus. Ce qu'il importe c'est de les comparer, de rechercher ce qu'ils ont de juste pour pouvoir enfin découvrir le seul juste véritable : le droit naturel plein et entier. En ce sens la pluralité est une aide précieuse pour rechercher l'unité, qui est le seul bien absolu. Ajoutons que, parmi ces jugements, certains sont *a priori* plus sages que d'autres et ont donc plus de chance de nous restituer ce qui est naturellement juste. Nous songeons ici en particulier aux jugements fondés sur *la coutume* car, comme l'explique Saint Thomas, "quand un acte se répète un grand nombre de fois, cela paraît bien émaner d'un jugement délibéré de la raison" (9). En tant que jusnaturaliste nous aurions donc tendance à penser que les sociétés dites traditionnelles sont souvent beaucoup plus proches du droit naturel que les sociétés dites modernes au sein desquelles la tradition a été remplacée par la volonté actuelle du peuple ou d'un législateur soi-disant représentatif (10).

2) Il ne faut pourtant pas négliger le fait qu'aussi bien dans les sociétés traditionnelles que dans les sociétés modernes nombre de solutions retenues sont contraires au droit naturel : elles ne sont pas justes et il importe donc de les corriger. Le juriste qui étudie le droit de ces différents types de sociétés doit toujours conserver le recul nécessaire pour pouvoir les juger. Toutes les solutions positives, même les plus assises, ne valent pas qu'on les adopte les yeux fermés en s'abstenant de porter sur elles un jugement. Le sociologue ou l'anthropologue peut certes se passer d'émettre une opinion (ce n'est pas son travail), mais pas le juriste dont la tâche est toujours de discerner le bon droit : le droit naturel.

3) Enfin, nous ne saurions trop conseiller avant de s'empresser de proclamer la pluralité, d'y regarder de plus près. L'expérience montre en effet que ce qui est

(8) *Somme théologique* Ia - IIae, q 94, art 4.
(9) *Somme théologique* Ia - IIae, q 97, art 3.
(10) V. A. D'Ors, *Une introduction a l'étude du droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, n° 23 : "En raison précisément de son attachement à la légalité, la Démocratie est hostile aux coutumes et s'efforce d'en éliminer l'observance. Elle tend ainsi à se libérer de l'empire des morts et à introniser la volonté actuelle et toujours révocable des vivants".

partout et toujours de droit naturel a tendance à s'imposer ou du moins à survivre. Derrière la diversité apparente des droits se cache très souvent une unité de solution parce qu'en fait les comportements *effectifs* des êtres humains qui peuplent notre planète ont tendance à se ressembler en dépit des proclamations officielles de telle ou telle règle de droit. De nombreux exemples permettraient de vérifier cette assertion. Il suffit pour s'en rendre compte d'accorder plus de place qu'on ne le fait généralement aux coutumes suivies réellement par le peuple. Nous ne pouvons donc qu'encourager les juristes à mieux connaître le droit : le leur et celui des sociétés étrangères qu'ils étudient. Ils s'apercevront fréquemment qu'au-delà des divergences apparentes de solutions de principe, il existe une convergence étonnante dans les applications pratiques desdits principes. En somme, la forêt ne doit pas nous cacher l'arbre.

LA RÉCEPTION DES DROITS ÉTRANGERS ET DES NORMES NON ÉTATIQUES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Par

François RIGAUX
Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain

Je vais tâcher de revenir sur la définition du pluralisme, on en a essayé plusieurs depuis ce matin. J'en aperçois trois.

La première — la moins intéressante je m'empresse de le dire — consiste à qualifier de pluralisme la simple observation de ce qu'il existe dans le monde une multitude de systèmes juridiques différents s'appliquant à des groupes sociaux différents. Un tel système ne pourrait être qualifié de pluraliste que si l'on se référait par exemple à un système unique et universel de droit naturel.

Une deuxième perspective du pluralisme — on vient de l'évoquer devant nous — est l'organisation fédérale de l'État qui implique un partage des compétences entre un État national fédéral qui demeure et les entités fédérées, partage de compétences qui peut dans certaines circonstances aller très loin. Pensons notamment aux compétences des États fédérés aux États-Unis, qui couvrent tout le domaine du droit civil et du droit pénal et sont beaucoup plus étendues que la compétence des Länder en République fédérale d'Allemagne. Ce qui me paraît intéressant dans le système fédéral, ce n'est pas le problème d'une forme de division géographique du territoire en entités fédérées, c'est celui des éventuels conflits entre le droit fédéral et le droit d'une entité fédérée. C'est très typique aux États-Unis dans l'hypothèse des compétences concurrentes. Une des clauses de la constitution américaine dispose que l'État fédéral est compétent pour tout ce qui concerne le commerce entre les États, et dès le moment où le Congrès américain, c'est-à-dire le législateur fédéral peut invoquer le commerce entre les États, il est compétent pour tout, pour régler les véhicules, les modes de transport, pour régler le travail dans les usines dès lors que les produits fabriqués dans une usine sont exportés d'un État vers un autre État membre de l'État fédéral. On constate par conséquent que pour de nombreuses matières il y a compétence concurrente entre l'État fédéral et les entités fédérées. Seulement alors apparaît la fameuse règle de la constitution américaine, qui est la Supremacy Clause, c'est-à-dire que dans les matières concurrentes, le droit fédéral prime le droit des entités fédérées, ou selon la version allemande, *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Le droit fédéral brise le droit des Länder. Et dans cette hypothèse, une version du pluralisme paraît beaucoup plus significative : pensez à la réglementation des

conditions de travail, il y a eu beaucoup d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis à propos de la limitation du temps de travail des femmes, des heures de travail la nuit, etc., compétence qui était en principe celle des États que le Congrès s'était arrogée, et puis on a contesté la constitutionnalité sur ce point des lois du Congrès. À ce moment-là les justiciables sont en face de deux commandements incompatibles : la loi de l'État par exemple qui permet le travail des femmes, des enfants à n'importe quelle heure, et la loi fédérale qui l'interdit, et il s'agit de savoir lequel des deux législateurs a raison, mais tant que la Cour suprême ne s'est pas prononcée les destinataires des commandements ne savent pas à quel saint se vouer.

Apparaît là ce qui me semble l'essentiel du pluralisme et je me rallie assez bien sur ce point à ce qu'évoquait Jacques Vanderlinden, le pluralisme suppose évidemment que les destinataires des règles de droit soient soumis en raison des ordres juridiques concurrents à des impératifs ou contradictoires ou en tout cas entre lesquels il y aurait la possibilité de choisir.

Troisième version du pluralisme, le pluralisme du droit international privé. Là évidemment nous avons un pluralisme qui combine les deux versions précédentes, d'une part parce que le droit international privé est construit sur l'idée que chaque État a son propre système de droit privé matériel et d'autre part qu'un certain nombre de personnes sont sujettes à la revendication de l'exercice de la compétence par ces différents États. Mais la différence du droit international privé par rapport au droit fédéral c'est que nous n'avons pas ici de Supremacy Clause, les droits de tous les États sont en principe égaux entre eux, et sous la seule réserve de la prépondérance de fait de la *lex fori*, c'est-à-dire du droit du tribunal saisi, il n'y a pas de solution a priori au problème de conflit de lois du droit international privé.

Parlant du droit international privé dans un raisonnement pluraliste, je voudrais rappeler quels ont été les deux axes de la naissance de cette discipline. D'une part la pratique judiciaire, d'autre part la réflexion théorique; deux axes également si l'on considère la division un peu dogmatique entre le droit privé et le droit public.

Vous savez que l'acte de naissance généralement attribué au droit international privé par la doctrine occidentale, c'est l'école italienne des statuts au XIIIe siècle. Ce jugement de l'histoire peut être entériné sous le bénéfice de trois observations.

1) Les problèmes qui surgissent à ce moment-là sont soulevés devant le juge. Vous connaissez le début de la célèbre glose d'Accurse, juriste de Bologne du XIIIe siècle, glose qui part d'une institute de Justinien et qui commence par "quod si Bononiensis conveniatur Mutinae", c'est-à-dire "que se passe-t-il si un habitant de Bologne fait un contrat à Modène ?". Et il développe l'idée que l'habitant de Bologne n'est pas en principe soumis aux lois de Modène, donc apparaît ici l'idée que le juge de Modène s'il est saisi d'un litige, pourra le cas échéant appliquer au citoyen d'une autre cité les statuts qui lui sont propres.

2) On parle de l'école des statuts parce que le mot latin *statutum* désignait la loi portée par les collectivités particulières et on a conservé une trace de cela dans l'expression anglaise *statute* qui désigne la loi, et il faut observer que ces conflits de statuts concernaient bien entendu des collectivités locales très proches les unes des autres, qui pour une large part étaient soumises à un droit commun qui était le droit romain, tandis que de larges parts du champ législatif étaient soustraites à la compétence de ces collectivités, c'était toute la matière du droit canonique.

Cette deuxième observation est importante parce qu'on la retrouvera. Il y a donc très largement une communauté de civilisation entre les différentes cités italiennes qui font l'objet de la première étude doctrinale des problèmes de conflits de lois.

3) La troisième observation se réfère à une théorie du droit public, qui était évoquée tout à l'heure par Gérard Soulier, les mêmes juristes de Bologne ayant dès le XIIIe siècle contesté ce qui était la solution traditionnelle du droit romain, l'idée de la

suprématie de l'empereur, pouvoir de l'empereur qui avait été transféré à partir de Charlemagne au Saint Empire romain germanique alors que Bartolo et Baldi vont affirmer le fameux principe "Le Roi est empereur dans son propre royaume", c'est-à-dire que tous les pouvoirs de l'Empereur sont transférés au roi, et pas seulement au roi, par exemple des cités comme Venise ou Florence vont acquérir tous les attributs de la souveraineté sans que l'Empereur ait plus aucune compétence à leur égard.

Aux filières du droit international privé et du droit public s'ajoute plus tardivement celle du droit international, qui est aussi une source de pluralisme juridique (rapports entre le droit international et le droit interne).

Elle commence dans un ouvrage assez singulier, les *Relecciones* de Francisco de Vitoria, théologien espagnol de la fin du XVIe siècle, qui s'est efforcé de justifier la conquête des Indes d'Amérique par les rois d'Espagne. Il invoque à cet égard deux principes : ce qu'il appelle le *ius communicationis*, et le droit de diffuser la véritable foi. L'idée de Vitoria, qui ne serait plus du tout acceptée aujourd'hui, est qu'un peuple — notamment les Indiens d'Amérique — ne peuvent pas s'opposer à ce que les Espagnols débarquent sur leur territoire et prétendent y pénétrer soit pour y faire le commerce, c'est le *ius communicationis*, soit pour leur enseigner la religion. Et, dit-il, ce n'est qu'au cas où les Indiens opposeraient une résistance aux propositions pacifiques de débarquement des Espagnols que naîtrait une injustice, *iniuria*, c'est-à-dire une cause de guerre légitime. Il se demande d'ailleurs avec beaucoup d'honnêteté si la manière dont les Espagnols se sont présentés lors de leur arrivée dans l'île de St Domingue, île dans laquelle a débarqué pour la première fois Christophe Colomb il y aura bientôt cinq siècles, satisfaisait aux conditions de la guerre juste, en d'autres termes, ont-ils présenté de manière suffisamment pacifique leur volonté de commercer et de propager la foi ?

Cette idée du *ius communicationis* est évidemment fondamentale. En réalité la liberté de propager la foi, en tout cas dans un monde sécularisé comme le nôtre, a perdu beaucoup de sa signification. Ce qui a conservé toute sa signification, c'est la liberté du commerce. C'est donc à Vitoria que l'on peut attribuer un principe fondamental du droit international, règles communes applicables aux États, et aux peuples — on ne considérait pas tout à fait les Indiens d'Amérique comme un État, mais Vitoria leur reconnaît la qualité d'êtres humains qu'on leur avait contestée, il s'agit de sociétés organisées qui méritent un certain respect, qui ont certains droits à faire valoir vis-à-vis des conquérants, sans qu'ils puissent faire valoir la prétention de vivre isolés, de s'opposer au *ius communicationis*. Nous avons là un élément fondamental pour le droit international privé et qui marque les rapports entre cette branche du droit et le droit international public car la théorie du *ius communicationis*, le droit de librement commercer, est évidemment un pont sur lequel on circule dans les deux sens. Ce droit concerne moins les relations des États entre eux que les rapports mutuels des sujets de ces États, les commerçants, les entrepreneurs, les hommes d'affaires qui viennent faire des opérations dans un autre pays. Mais le droit international garantit le libre accès au pays A des commerçants, des entrepreneurs qui viennent d'un pays B, parce que selon Vitoria, cela constituerait une liberté fondamentale. Inversement, le droit international va essentiellement organiser la libre circulation entre États en temps de paix des commerçants, des entreprises, des marchandises. On peut donc dire qu'à l'acte de naissance du droit public international, il y a une préoccupation qui touche de très près celle du droit international privé.

Il faut ici rappeler trois grands théoriciens du droit international privé au XIXe siècle.

Le premier est un juge américain, Joseph Story, qui, sous l'influence de l'école hollandaise des statuts reçue ensuite en Angleterre, a construit sa théorie sur le principe de la territorialité, c'est-à-dire que chaque souverain décide comme il l'en-

tend quelles sont les lois applicables sur son territoire, mais néanmoins Story invoque une autre idée bien célèbre aussi, également d'origine anglo-hollandaise, la théorie de la *Comity*, ou *Comitas gentium*, selon laquelle il existe entre les États une certaine forme de société universelle, qui impose à chacun d'entre eux de reconnaître les lois, éventuellement de reconnaître les décisions judiciaires qui proviennent d'un autre État. Story est resté très proche de l'ancienne école des statuts, notamment parce qu'il se borne à classer les statuts, selon la vieille classification de statuts réels ou territoriaux, et de statuts personnels ou qui se rattachent à la personne.

Le deuxième auteur, peut-être plus fondamental que Story pour nous, est Savigny, juriste allemand du XIXe siècle, qui va travailler dans une perspective assez proche de celle de Story à certains égards. Savigny était un romaniste, qui a fait un grand traité de droit romain en 8 volumes, parce que le droit romain était toujours le droit commun en vigueur en Allemagne à cette époque, et c'est dans le tome VIII de ce traité qu'il intitule "Système du droit romain contemporain" (*System des heutigen Römischen Rechts*) qu'il va s'interroger sur deux grands problèmes : les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace. Et Savigny a donc, à ce moment-là, un peu comme Story qui considérait au premier chef les conflits interterritoriaux à l'intérieur des États-Unis, envisagé les conflits à l'intérieur de l'Allemagne dont le droit civil n'a pas été unifié avant 1900. Partant l'un comme l'autre des conflits de lois de l'ordre interne, tenant à la différence des législations à l'intérieur du même État ou d'un ensemble qui n'était pas encore étatique mais le deviendra dans une certaine mesure par la fondation de l'Empire fédéral allemand en 1871, ils vont appliquer les mêmes règles aux relations avec d'autres États. Savigny a sur ce point une idée extrêmement intéressante : pourquoi justifie-t-il qu'on applique les mêmes règles de conflit de lois aux conflits qui se présentent avec des États non allemands, c'est, dit-il, en raison de l'unité ou de la communauté de civilisation chrétienne.

Enfin un troisième auteur, Mancini, qui est italien, va évoquer la théorie des nationalités essentiellement dans une perspective politique pour justifier l'unification de l'Italie et de manière un peu accidentelle cette théorie va entraîner chez Mancini la mise en œuvre d'une règle de conflit de loi nouvelle — pas tout à fait nouvelle depuis le code Napoléon mais en tout cas nouvelle par rapport à la doctrine traditionnelle — qui est la substitution de la loi nationale à la loi du domicile et de plus l'idée que ce qui constitue le milieu propre de l'individu, c'est l'État national et, par conséquent, renversant la tradition territorialiste antérieure, il va dire que désormais c'est la loi nationale qui est la règle, c'est la loi territoriale qui est l'exception. Mancini va avoir un disciple belge, François Laurent, qui a écrit des ouvrages particulièrement longs, et qui va exacerber en quelque manière le principe des nationalités de Mancini. Laurent va très vivement critiquer la restriction de Savigny comme celle aussi de Story, qui lui aussi parlait des sociétés de civilisation chrétienne, en disant que ce n'est pas seulement à ces sociétés qu'il faut appliquer la loi nationale, mais à toutes les sociétés dans le monde. Sur ce point Laurent était très en avance sur le droit international de son époque, puisque jusqu'après la seconde guerre mondiale le droit international était le privilège d'une société élitiste qui réunissait le club des nations chrétiennes ou nations civilisées, les deux expressions étant à peu près synonymes, ce que Sir Thomas Holland appelait le cercle enchanté, *the charmed circle*. La Chine et la Perse ne faisaient pas partie de cet univers d'élite, le Japon n'y accédera qu'à la fin du XIXe siècle, non pas tant à cause du prestige de sa civilisation mais en raison de ses progrès technologiques. Au moment de la guerre d'Abyssinie, si cet État n'avait pas été membre de la Société des Nations l'agression italienne se serait déroulée sans aucune réaction quelconque de l'organisation interna-

tionale. Le paradoxe réside en ce que c'était sous la pression de l'Italie que l'Abyssinie avait été admise parmi les États membres de la Société des Nations.

On peut constater aussi, et c'est intéressant du point de vue de la théorie du pluralisme, que jusqu'à la fin du XIXe siècle il n'y a pas de différence tranchée entre le droit international dit public et le droit international privé. Cela veut dire que la diversité des législations concerne les règles de droit privé matériel sur le mariage, sur les contrats, sur la responsabilité civile, mais qu'elle ne s'étend pas aux règles de conflit de lois. L'idée de l'époque est proprement universaliste : il y a des principes fondés sur la *Law of Nations* ou sur la *Comity*, ou fondés sur la raison naturelle et l'on peut retrouver ici une certaine idée de droit naturel, en d'autres termes il y a des principes universels en vertu desquels il faut résoudre les problèmes de conflits de lois. Sans doute constate-t-on que ces principes ne sont pas appliqués exactement de la même manière dans les différents États, mais un auteur anglais un peu oublié aujourd'hui, mais dont les ouvrages demeurent très intéressants, Robert Phillimore, explique très bien qu'il faut que le juge applique la règle de raison et que les circonstances, notamment le fait que ce soit le juge anglais plutôt que le juge français ou que le juge portugais, qui est saisi d'une affaire va peut-être entraîner certaines différences, mais que l'idéal du droit international privé est que des principes semblables inspirent tous les juges du monde.

Laurent lui aussi reconnaît, mais de façon un peu gênée, que la difficulté est de trancher entre les conflits réels et les conflits personnels, et il est inévitable que ce soit le juge saisi qui en décide.

À la fin du XIXe siècle le droit international privé va connaître une véritable révolution, analogue à celle qu'on observe en d'autres domaines du droit, mais peut-être plus tardive, car l'imprégnation du droit international a été plus longue que l'imprégnation du droit naturel dans les autres branches du droit. Cette révolution, c'est le positivisme, notamment le positivisme de Bartin en France, et de façon singulièrement contemporaine, d'un auteur allemand, Kahn. Ils ont invoqué notamment trois des grands thèmes classiques du droit international privé, la théorie des qualifications, la solution du renvoi et l'exception d'ordre public. Je voudrais indiquer simplement quelles me paraissent être les deux grosses critiques que l'on peut faire à cette naissance du positivisme en droit international privé.

Première critique, ces auteurs sont à la fois positivistes et civilistes, c'est-à-dire qu'ils ignorent superbement le legs très précieux de ce qu'on appelait à l'époque le droit public européen, c'est-à-dire le droit international. Ils raisonnent dans la perspective très rétrécie d'un procès civil dans un État déterminé.

La deuxième critique, peut-être plus fondamentale encore, est qu'ils vont choisir leurs exemples dans un domaine bien restreint du droit international privé, pour l'essentiel le statut personnel. Ils négligent totalement, ce qui nous ramène directement au pluralisme, qu'à notre époque, et depuis le Moyen Âge, des pans entiers du droit privé n'étaient pas réglés par le droit étatique, je pense notamment à ce que les Anglais ont appelé la *Law Merchant*, c'est-à-dire le droit propre des commerçants, qui est né de façon spontanée dans les cités maritimes notamment, et le droit maritime est une branche particulière de la *Law Merchant*, mais d'autres institutions, les sociétés commerciales, la lettre de change, le chèque, le droit bancaire sont nés exclusivement de la pratique des commerçants et étaient par leur nature même des pratiques que je qualifierais aujourd'hui de transnationales, car l'intérêt, par exemple, d'une lettre de change tirée à Florence et payable à Bruges ou à Lübeck était évidemment que compte tenu de la distance et des dangers de la circulation d'espèces monétaires à cette époque, il était important d'avoir des instruments négociables de cette espèce.

Nous voyons le droit commercial dès ses origines être assez unifié dans l'ensemble du monde et les pauvres résistances de quelques juges paraissent de peu de poids par rapport à celui très considérable des pouvoirs économiques privés dans le monde actuel. Dès les dernières années du Moyen Âge se constitue cette *Law Merchant*.

Cela justifie deux observations : pour une part, ce droit commercial d'origine spontanée a été par la suite accueilli ou reçu dans les législations civiles des États. Déjà la grande ordonnance du commerce de Colbert sous Louis XIV s'en est inspirée et a reproduit les pratiques des relations entre commerçants français et autres commerçants du bassin méditerranéen à cette époque. Au XVIIIe siècle, la *Law Merchant* est tenue par les tribunaux anglais pour une partie de la common law. De la même manière on va au XIXe siècle, dans les grandes conventions maritimes, codifier le droit maritime pour y reprendre les règles que les transporteurs maritimes avaient eux-mêmes élaborées au cours des périodes précédentes. Ce phénomène de réception, par l'État, d'un droit formé hors de lui mérite une observation essentielle. Il ne faut pas tomber dans le piège du mono-idéisme étatique et croire que ce n'est devenu du droit qu'à partir du moment ou c'est entré dans la législation de l'État, c'était du droit déjà auparavant et ce droit s'était tellement bien imposé que l'État n'a rien trouvé de mieux que de l'introduire dans sa législation. Ce n'est pas un hasard non plus si l'unification du droit a joué essentiellement dans ce type de relations. J'évoque notamment les conventions de Genève de 1930 sur le chèque d'une part et sur les lettres de change et billets à ordre d'autre part ; on a suivi la pente facile de ce qui faisait déjà l'objet d'une pratique commerciale généralement acceptée. Autre fait très intéressant du point de vue de la théorie du pluralisme, les grandes théories qui à peu près à la même époque que Kahn et Bartin, c'est-à-dire dans les dernières années du XIXe siècle, vont naître à propos des rapports entre le droit international et le droit interne. Ces théories à ce moment-là sont le dualisme et le monisme. C'est le dualisme qui a les faveurs de la doctrine la plus prestigieuse avec deux auteurs très célèbres, Triepel en Allemagne et Anzilotti en Italie, qui était juge à la Cour internationale de justice et qui était à mes yeux un des plus grands juristes de cette époque. Et le monisme, adopté notamment par Kelsen, en vertu duquel il y aurait une structure pyramidale de l'ordre juridique avec par conséquent la subordination du droit interne au droit international.

Le propos est à présent de tâcher de sortir le droit international privé de ce que j'appellerai le ghetto positiviste. Je l'ai moi-même reconnu , l'inspiration universaliste de Story, de Savigny, de Mancini, de Laurent, était en partie démentie par les faits. Et les positivistes ont de façon un peu trop facile observé que dans certains secteurs au moins il y avait des divergences entre les solutions de conflits de lois des différents États. Les positivistes ont jeté l'enfant avec l'eau de la baignoire : parce qu'il était difficile d'arriver sur tous les points à des solutions qui tendaient à l'universalité, il fallait affirmer le caractère exclusivement national des solutions de conflits de lois. Il y a chez les positivistes une espèce de jouissance (*Schadenfreude*) de cet aspect négatif qui me paraît très critiquable.

La deuxième préoccupation, c'est de rendre compte des rapports entre les ordres juridiques différents, notamment entre le droit international et le droit interne mais aussi entre les différents systèmes nationaux de droit privé, et c'est un des objets spécifiques du droit international privé.

Enfin une troisième question, déjà évoquée à propos de la *Law Merchant*, c'est le problème des ordonnancements non étatiques.

Je voudrais dire pour finir quelques mots sur la réception par les droits étatiques d'ordonnancements non étatiques.

Quand on parle de monisme et de pluralisme, on rencontre toujours une difficulté fondamentale : l'objectif de la science est l'unité. Dans le domaine de la physique, on connaît la difficulté de concilier deux théories, la théorie de la relativité générale d'Einstein, et la théorie des quanta de Planck et de ses successeurs. Les physiciens considèrent actuellement que ces deux théories sont difficiles à concilier, ce sont deux images du réel qui sont complémentaires dans l'information qu'elles nous en donnent mais qui ne sont pas totalement conciliables, d'où l'objectif actuel de la physique, qui est ce qu'on appelle "la grande théorie unifiée", théorie qui réconcilierait les deux autres théories. C'est un peu le problème de la science du droit, nous voulons arriver à une théorie "moniste", qui rende compte précisément de la diversité, et le pluralisme est une certaine forme de monisme intellectuel, en ce sens qu'il entend présenter une vue unique qui tenterait la synthèse de ces caractères différents. Cela implique non pas tellement la définition du droit, mais plutôt la définition de l'ordre juridique.

J'ai été très frappé par les définitions de l'ordre juridique précédemment données et qui s'arrêtaient à un ensemble de règles ou de normes. Tant l'enseignement d'Hauriou que celui de Santi Romano invitent à ajouter une seconde notion, c'est l'ensemble de règles et d'*institutions* qui sont un élément fondamental de l'ordre juridique. Il s'agit des règles et des institutions que s'est données une société pour régler ses relations et cette définition entend bien entendu écarter toute idée de territoire, et par conséquent rejeter l'idée que l'État serait le seul modèle ou même le principal modèle d'ordre juridique. L'État est un modèle tardif d'ordre juridique, beaucoup d'autres l'ont précédé. L'inconvénient de la théorie traditionnelle du type de Hart, ou de Dabin ou de Kelsen est qu'elle amplifie de façon excessive le rôle de l'État et l'identification de l'État et du droit, on peut ajouter, de l'identification de l'État et du peuple, ce que la doctrine allemande appelle le *Staatsvolk*, le peuple de l'État, comme s'il n'y avait qu'un seul peuple dans l'État. Toutes ces théories font fi de l'existence d'ordres juridiques non étatiques et j'en reviens ici au problème du droit international. Si vous acceptez une définition trop traditionnelle, trop territorialiste du droit, ou une définition qui se fonde uniquement sur l'exercice de la contrainte physique, ce qui est la définition de Kant, vous évincez le problème du droit international, et de très bons juristes comme Dabin, Kelsen ou Hart, disent même que le droit international est un cas douteux, par rapport à leur définition de l'ordre juridique. Ils hésitent parce qu'il n'y a pas de système de contrainte organisée. Dès le moment au contraire où vous acceptez l'idée qu'un ordre juridique est un ensemble de normes et d'institution qui régit une société avec ou sans contrainte du type de la contrainte physique, mais avec notamment une contrainte du type de l'exclusion, vous n'avez aucune difficulté à reconnaître la juridicité de l'ordre juridique international.

Si l'on en revient à la partie classique du droit international privé, qu'est-ce qui justifie qu'un État ou que les tribunaux d'un État appliquent à certaines situations le droit d'un autre État, cela implique bien évidemment, et Phillimore le montrait dès le milieu du XIXe siècle, que l'existence d'une société internationale formée d'États avec toutes les règles de droit international bien connues depuis le XVIIe siècle, implique aussi que chaque État reconnaisse en chacun des autres États un lieu d'émergence du droit. C'est-à-dire qu'il reconnaisse que le droit des autres États, c'est du droit, et que les décisions judiciaires émanant d'autres États méritent, moyennant le cas échéant certaines conditions, la reconnaissance. Le droit d'un autre État est du droit, je rejette donc la vieille théorie selon laquelle le droit étranger ne serait que du fait, donc soumis à un régime spécifique quant à sa preuve, quant à son régime à la Cour de cassation, etc. Et il y a dans le chef de l'État, de chaque État, une véritable obligation internationale d'avoir un système de droit international privé. C'est la

vieille idée de la *Comity*, de la *Law of Nations* apparaissant d'ailleurs déjà chez Blackstone au XVIIIe siècle, et le fait que l'État puisse choisir son système de droit international privé, appliquer plutôt la loi nationale que la loi du domicile, avoir par conséquent des solutions qui servent davantage les intérêts qui lui sont propres, n'enlève rien à l'idée fondamentale, le devoir d'avoir un système de droit international privé. Et l'État qui ne le ferait pas se mettrait en dehors de la société internationale. On retrouve ici le *ius communicationis* de Vitoria, il y a une société marchande, universelle aujourd'hui, et le fonctionnement de cette société implique, qu'on l'aime ou non, des systèmes de droit international privé qui permettent l'application du droit d'autres États.

Il y a une justification plus récente et plus éloquente, en tout cas moins contestable, de cette obligation, ce sont les articles du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966 qui, en termes très clairs, reconnaissent à tout individu ce qu'on appelle dans l'article 16 la "personnalité juridique", reconnaissent le droit à une filiation, la liberté du mariage, le droit au mariage, de ces principes paraissent découler bien évidemment que dès le moment où un étranger pénètre sur le territoire d'un État on va lui reconnaître le nom, la filiation, l'état conjugal, les liens d'autorité parentale qu'il a à l'égard de ses enfants s'il pénètre avec ses enfants, tous attributs qui résultent de la législation de l'État dont il est originaire, que cet État soit maintenant désigné selon le critère de la nationalité ou du domicile me préoccupe assez peu, mais je crois que l'État qui prétendrait refuser aux étrangers qui pénètrent sur son territoire un certain nombre d'attributs de droit civil tels que le nom, la filiation, l'état conjugal, se placerait en dehors de la communauté internationale.

Je reviens à la critique formulée tout à l'heure à l'égard du positivisme de la fin du XIXe siècle, qui s'est excessivement concentré sur les problèmes du statut personnel parce que c'est là qu'apparaissaient les conflits les plus aigus entre les conceptions des différents États. Un exemple pour bien montrer l'acuité du problème : supposons le mariage d'une femme marocaine avec un Français ou un Italien, mariage célébré par l'officier de l'état civil, qui, s'il est célébré en France, va bien entendu produire tous ses effets civils, tels que le droit international privé français le conçoit, encore que la loi nationale de cette femme interdise en vertu de la règle du Coran, le mariage d'une musulmane avec un non-musulman. Mais cet obstacle qui tient à la loi nationale sera écarté en vertu de l'exception de l'ordre public. Inversement si la question se pose au Maroc, le mariage va être tenu pour nul. Nous avons bien ici un exemple d'hypothèse d'une relation juridique qui fait l'objet de deux évaluations contradictoires dans deux pays. La prépondérance de la *lex fori* va évacuer le conflit dans chacun des deux systèmes, ces deux personnes seront tenues pour mariées en France, tandis qu'au Maroc, non seulement cette femme ne sera pas tenue pour mariée, mais elle sera réputée avoir commis une faute extrêmement grave par rapport à l'interdiction pour une musulmane d'épouser un non-musulman. Il faut bien entendu comparer l'une à l'autre les solutions qui apparaissent en chacun des deux pays. En chacun de ceux-ci, et l'on retrouve l'idée de circularité de l'ordre juridique, il n'y a pas de conflit : par exemple, à l'intérieur du droit français, il est clair que le mariage est valable et la question est résolue. Mais il y a conflit si vous opposez les solutions telles qu'elles sont respectivement appliquées dans chacun des deux pays. Ce n'est pas gênant pour les juges parce que les juges appliquent leur loi, c'est très gênant pour les particuliers, non seulement cette femme ne pourra plus pénétrer au Maroc en compagnie de son mari mais la solution du droit marocain risque de se communiquer à un certain nombre de pays islamiques qui vont adopter la même règle alors qu'en revanche la solution du droit français sécularisé va être étendue à un certain nombre de pays qui ont également sécularisé le mariage. Nous avons là l'image, bien connue des spécialistes, du mariage boiteux, mais c'est essen-

tiellement dans le domaine du statut personnel qu'on va encore rencontrer de telles hypothèses, irritantes pour le théoricien, apaisantes pour le juge qui applique sa règle, et pénibles pour les particuliers.

En revanche il y a une série de domaines dans lesquels l'unification du droit international privé est traditionnelle : le droit des contrats et le droit de la responsabilité civile. Dans le droit des contrats nous avons une règle traditionnelle qu'on appelle la loi d'autonomie en vertu de laquelle les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat. C'est donc le choix des parties qui va permettre à celles-ci de se placer de par leur volonté dans un des systèmes juridiques concurrents qui sera tenu pour applicable à la formation et à l'exécution du contrat en vertu de ce choix, et comme la loi d'autonomie est un principe généralement reconnu dans la plupart des États, ces effets vont être assez universellement admis. Il y a un inconvénient : il existe dans un certain nombre de pays des lois dites impératives, des lois de police contractuelle qui vont restreindre sur ce point l'autonomie des parties et si celles-ci ont choisi la loi d'un pays très libéral mais que la loi d'un autre pays frappe le contrat de nullité, en raison d'une loi impérative, la volonté des parties sera déjouée. L'évolution récente du droit international privé, notamment la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, s'efforce de généraliser la reconnaissance des lois impératives du pays avec lequel le contrat a le lien le plus étroit. On pourrait recommencer l'exercice avec la responsabilité civile mais je vous en fais grâce.

Les deux principales questions qui intéressent les relations économiques, le contrat et la responsabilité civile, sont pour l'essentiel déjà unifiées et on y trouve des solutions qui appartiennent, qu'on le veuille ou non, à ce qu'on appelait au XVIIIe siècle la *Law of Nations*. Comme l'a remarqué le doyen Batiffol dans un rapport fait pour le centenaire de l'Institut de droit international à Rome en 1973, vous avez le déclin de la méthode conflictualiste : on a constaté que dans de nombreux secteurs le système des conflits de lois ne satisfaisait plus parce que c'est prétendre rechercher le droit matériel national applicable à une situation. Or la situation est par hypothèse une situation transfrontière, intéressant plusieurs États, et en raison de ce caractère elle présente une spécificité qu'aucun droit national conçu pour des relations purement internes n'est en mesure de satisfaire, d'où l'idée d'avoir un droit spécialement adapté aux relations transfrontières. Nous retrouvons là la concurrence qui existe aujourd'hui entre les conventions internationales d'unification du droit privé matériel par rapport aux conventions traditionnelles de conflit de lois, notamment dans les matières où le mouvement est la spécificité — pensez au transport international, qu'il soit maritime, aérien, par route, par chemin de fer ... — toutes ces matières sont régies aujourd'hui par des conventions d'unification, parce que le transport a pour objet une *res in transitu*, par conséquent le découpage territorial est tout à fait insatisfaisant : soumettre la responsabilité du transporteur à des lois successives selon les différents pays que traverse le camion ou le chemin de fer est évidemment absurde, donc seule l'unification du droit matériel a permis de rencontrer une telle difficulté.

Les différents droits de formation spontanée, l'ancienne *Law Merchant* appelée maintenant *Lex mercatoria* sont des exemples toujours actuels de formation du droit en dehors de l'État. Comment l'État a-t-il permis que les opérateurs économiques adoptent des règles, créent des institutions qui soient tout à fait autonomes et qui ne respectent pas, qui parfois même transgressent sur certains points les lois de l'État ?

Il y aurait trois réponses. La première c'est qu'aucun État, si totalitaire qu'il prétende être, n'est en mesure d'étouffer toute forme de dissidence. On a parlé de l'ordre juridique de la mafia, autre exemple : l'ordre juridique carcéral, dérogeant au droit commun que l'autorité pénitentiaire prétend faire régner, mais en riposte à cet

ordre juridique les détenus constituent une société, parfois des sociétés rivales avec des règles. Dans le très beau livre de Primo Lévi sur son séjour dans les camps de concentration allemands, il indique aussi que dans un univers aussi concentrationnaire que les camps allemands se reconstituaient de véritables règles de conduite entre les détenus. Je crois que l'État n'est pas capable d'empêcher toute formation spontanée d'ordre juridique.

La deuxième idée est que non seulement l'État n'en est pas capable mais il en a reconnu la possibilité grâce aux libertés constitutionnelles : qu'est-ce que la liberté de religion sinon la faculté de constituer des ordonnancements religieux ? La liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté contractuelle qui repose sur le droit de propriété peuvent aussi être invoquées par ceux qui instituent des ordonnancements privés.

Une troisième idée, que la jurisprudence contemporaine admet de plus en plus, c'est que les relations économiques transfrontières ne peuvent évidemment pas être déterminées conformément à la loi d'un seul État, chacun des deux ordres juridiques peut saisir la relation par un certain bout mais pas toute la relation, il est bien forcé de composer avec l'autre ordre juridique. On retrouve là une forme moderne de la *Comity* : si l'on veut nouer des relations économiques par dessus les frontières, on ne peut exiger qu'elles soient exclusivement soumises aux règles de son propre État. Plusieurs décisions récentes de la Cour suprême des États-Unis ont pour objet un problème de juridiction (on invoquait devant les juridictions fédérales américaines une clause d'arbitrage dans des matières jugées impératives aux États-Unis, l'une concernait la loi de 1933, le *Securities Act* sur les pratiques boursières, l'autre le *Sherman Antitrust Act*, le droit de la concurrence). Dans les deux hypothèses la Cour suprême a accepté que les tribunaux américains se déclarent incompétents au profit de la convention d'arbitrage. "Nous ne pouvons pas prétendre à la compétence exclusive des tribunaux américains." Est ainsi ouverte la voie du juge neutre, qui est indépendant des États, avec le risque d'une totale évacuation des lois impératives de l'État.

Orientations dont je n'ai pas pu parler : dans un système de pluralisme juridique, il faut penser à la constitution d'institutions internationales spécialisées (notamment pour la CEE, mais aussi pour le Conseil de l'Europe) et le problème des relations entre droit interne et droit communautaire, l'incidence en droit interne des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, l'influence d'un acte ou d'une décision émanant d'un ordre juridique déterminé, la CEE, le droit du Conseil de l'Europe, dans l'ordre juridique interne d'un État.

Pareil transfert de compétences à des organisations internationales a un effet assez curieux du point de vue des principes démocratique traditionnels : les compétences de la CEE sont exercées essentiellement par le Conseil des ministres, organe qui est l'émanation des gouvernements, avec une absence totale de contrôle parlementaire, il n'y a pas contrôle du Parlement européen, mais il n'y a plus de contrôle du parlement national, ce qui donne un aspect certainement négatif.

Par rapport à la réception des droits non étatiques , il faut bien distinguer leur fonctionnement interne, tous les jours en France des officialités prononcent la nullité de mariages canoniques, et cette décision est parfaitement reçue par les fidèles, cela peut leur permettre de procéder à une nouvelle union religieuse sur le territoire français. C'est la simple mise en œuvre de la liberté religieuse.

Plus intéressantes sont les hypothèses dans lesquelles l'ordre juridique civil va accepter une forme de réception du phénomène religieux : dans la matière du mariage putatif, il y a de la jurisprudence en Belgique notamment à propos des mariages confessionnels célébrés sur le territoire national et qui sont nuls (il y a dans la Constitution belge une répression pénale de la célébration du mariage religieux qui

précéderait la célébration civile, le principe de la sécularisation du mariage est très solennellement affirmé en Belgique). Des cas se sont présentés d'Italiens mariés devant un aumônier, de juifs mariés devant le rabbin, et à la mort d'un des conjoints, on se demande devant les tribunaux s'ils sont valablement mariés. Le mariage a été déclaré nul, mais on a reconnu au conjoint survivant le bénéfice du mariage putatif. Mais selon la tradition canonique et en droit civil, la théorie du mariage putatif suppose un acte de célébration, à l'acte de célébration dans l'ordre juridique religieux, qui n'a aucun effet civil et qui est un délit au regard du droit étatique sans célébration civile préalable, on va reconnaître cependant la qualité de l'élément qui justifie la bonne foi des époux selon le droit étatique.

LA REDÉFINITION DU STATUT DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA À L'AIDE D'UNE ÉTUDE DE CAS (*)

Par

Alain BISSONNETTE
Avocat et anthropologue
Titulaire, pendant l'année 1992, de la Chaire des droits de la personne de l'Université d'Ottawa

INTRODUCTION

Mesdames et Messieurs, chers collègues, c'est d'abord un très grand honneur pour moi de participer avec vous aujourd'hui à ce colloque sur le pluralisme juridique, et c'est aussi un pur plaisir. L'honneur découle du sentiment que j'ai de partager, avec de grands maîtres, une réflexion qui, je le crois sincèrement, ne fait que s'amorcer. Le plaisir naît, quant à lui, de la possibilité que ce colloque m'a donnée de franchir l'Atlantique et de retrouver ici de vieux amis comme Étienne Le Roy et Norbert Rouland. Évidemment, je tiens ici à remercier M. le professeur Rouland qui m'a invité à participer à ce colloque et qui m'offre également l'hospitalité chez lui parmi les siens. Merci.

Le thème de notre session porte sur le statut des minorités. Pendant une trentaine de minutes, j'ai pour tâche de soulever devant vous une série de problèmes dont nous pourrons débattre ensemble une fois que mon exposé sera terminé.

Avant d'aller au cœur de mon exposé, qui portera sur la redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada, j'aimerais d'abord esquisser rapidement le cheminement qui a été le mien.

Comme vous pouvez l'entendre, je suis originaire du Québec où j'ai complété des études en droit et en anthropologie. Je me suis particulièrement intéressé à ce qu'on appelle au Canada les "revendications territoriales des peuples autochtones", ceux que l'on désigne également comme étant les Amérindiens et les Inuit ou Esquimaux.

Très tôt, j'ai constaté l'écart qui séparait le discours juridique de celui tenu par les représentants des peuples autochtones au sujet de leurs droits, de leurs revendications et de leurs aspirations. De prime abord, j'étais porté, comme la plupart des étudiants et des professeurs, à qualifier les affirmations des représentants

(*) Communication présentée lors du Colloque sur le pluralisme juridique organisé par le Laboratoire de théorie juridique de l'Université d'Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, les 21 et 22 novembre 1991.

autochtones comme étant passéistes et absolument irréalistes dans un contexte contemporain. Mais mon malaise demeurait et, sans trop savoir par quel chemin, je cherchais à franchir le mur d'incompréhension auquel je me heurtais. Le hasard a voulu que je lise deux articles signés par Étienne Le Roy et Norbert Rouland dans une revue publiée à Montréal (1). Ces articles m'ont alors éclairé et m'ont ouvert la voie du dialogue interculturel dans le domaine proprement juridique.

Il est sans doute ironique, à première vue, de constater qu'un citoyen d'Amérique, terre privilégiée des Amérindiens et des Inuit, ait à s'abreuver aux écrits d'Européens pour mieux comprendre sa propre situation. Mais, en fait, cela s'explique facilement. Comme vous le savez tous, "la réalité vraie n'est jamais la plus manifeste" et "pour atteindre le réel il faut d'abord répudier le vécu" (2). Or, du côté des facultés de droit francophones au Canada et même au sein des départements d'anthropologie que je connaissais à l'époque, peu de professeurs s'intéressaient, à ce moment-là, à la problématique du pluralisme juridique. Je me suis donc déplacé et j'ai vécu, pendant quelques mois, à Paris, à titre de stagiaire au Laboratoire d'anthropologie juridique, où j'ai suivi les enseignements de Michel Alliot et d'Étienne Le Roy. Je dois dire que l'expérience a été des plus décisives et des plus éprouvantes, dans un sens. D'abord, parce que la démarche des chercheurs de ce Laboratoire remettait complètement en question les quelques connaissances que j'avais acquises jusque-là. Ensuite, parce que le niveau d'abstraction auquel se situaient ces chercheurs ne m'était absolument pas familier et que, pendant très longtemps, j'ai eu de la difficulté à y hausser mes propres considérations. Chose certaine, mon stage au Laboratoire m'a marqué à tout jamais. Et si j'ai dû prendre quelques années pour digérer, comme on dit, une bonne partie de sa méthode ainsi que pour me sentir à la hauteur de ses ambitions fondamentales, il reste qu'après toutes ces années, j'ai le sentiment d'être l'un des membres de ce Laboratoire et d'expérimenter, à ma façon, cette recherche qui vise essentiellement, à "toujours rapporter le discours et les pratiques juridiques au système de pensée et à la logique qui, l'une et l'autre, les génèrent" (3).

Suite à ce stage, trop court, au sein du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, j'ai repris, à Montréal, mon travail de chercheur consultant au sein d'une firme privée d'anthropologues. J'y ai réalisé quelques contrats intéressants mais qui me semblaient exiger plus d'analyses descriptives que d'études fondamentales. Je m'en suis donc lassé.

Vers cette même époque, l'Université de Montréal m'a invité à y devenir chargé de cours en droit et en anthropologie et j'ai eu le privilège d'être nommé membre de la Commission des droits de la personne du Québec. Je me suis alors plongé dans l'étude et la mise en œuvre concrète des droits et libertés fondamentales et, notamment, de la lutte contre les diverses formes de discrimination. Je crois utile d'indiquer ici que cette nouvelle orientation dans mon cheminement m'a, à la fois, rassuré et stimulé à aller plus loin dans le domaine de la recherche en matière de pluralisme juridique. Rassuré, parce qu'après avoir mis en pièce les quelques savoirs que je croyais avoir acquis avant mon arrivée au Laboratoire d'anthropologie juridique, voilà qu'il m'était possible de les retrouver intacts au sein d'une communauté visant à réaliser les meilleurs ambitions de notre propre tradition

---

(1) Étienne Le Roy, "Les droits africains traditionnels et la modernité", (1979), *Revue Monchanin*, 65, pp. 35 à 43 ; Norbert Rouland, "Le droit esquimau face à l'Occident", *Ibid*, pp. 77 à 99.
(2) Claude Lévi-Strauss, *Tristes Tropiques*, Paris, Plon, Collection Terre humaine (1955), l'édition citée est celle de 1984, 504 p., à la p. 61.
(3) Étienne Le Roy, "L'état de l'anthropologie juridique en France : du projet colonial au risque du ghetto disciplinaire" (1988) *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, n° 14, à la p. 48.

juridique. Rassuré également parce que je prenais conscience qu'il m'était permis de participer avec une certaine dose d'efficacité, à la mise en œuvre d'un projet de création d'une meilleure société québécoise. Stimulé à aller plus loin dans la recherche en matière de pluralisme juridique, cependant, parce que je constatais également que les meilleurs recours créés en vertu de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne n'étaient d'à peu près aucun secours pour certaines couches de la population, dont, notamment, certains Amérindiens et Inuit. En effet, leurs propres traditions n'étant guère prises en compte par cette Charte ou par les mécanismes visant à la mettre en œuvre, inévitablement, ils demeuraient comme extérieurs à ce mouvement favorisant la notion et la valeur d'égalité au sein de ma propre société.

Puis, en 1989, M. Bernard Cleary, qui occupait, à l'époque, le poste de négociateur en chef du Conseil des Atikamekw et des Montagnais, m'a proposé de devenir le conseiller juridique de son équipe. J'ai évidemment accepté avec joie de remplir ce mandat. Pendant deux ans et demi, j'ai ainsi agi, à temps plein, comme défenseur d'un regroupement de douze communautés amérindiennes vivant au Québec, principalement dans le contexte d'une négociation formelle entre leurs représentants et ceux des gouvernements du Québec et du Canada.

C'est donc à partir de cette expérience spécifique, que je veux maintenant aborder le sujet que je vous ai annoncé, il y a quelques minutes, c'est-à-dire : la redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada. Compte tenu du cheminement que je viens de vous décrire, vous aurez sans doute compris que ma perspective privilégie l'expression du pluralisme juridique tout en étant fortement attachée aux valeurs d'égalité entre les personnes et les peuples.

Dans un premier temps, je vous décrirai ce qui m'apparaît être le contexte dans lequel s'inscrit la redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada. Dans un deuxième temps, je procéderai à l'analyse du discours, de la logique et des stratégies qui ont caractérisé, ces dernières années, les prises de position du Conseil de Atikamekw et des Montagnais.

I - LE CONTEXTE

À mes yeux, la situation des peuples autochtones au Canada soulève des questions passionnantes. D'abord, si l'on pense que ce sont les mouvements sociaux qui ont permis, au sein de nos sociétés, la modification des lois ou de la constitution, quelle est, à cet égard, la place des peuples autochtones ? Est-ce vraiment parce qu'ils ont constitué un mouvement social, jouissant d'un poids politique réel, qu'ils ont pu obtenir, en 1982, la reconnaissance et la confirmation de leurs droits ancestraux et issus de traités ? Sinon, comment expliquer que les politiciens ont pu accepter les prétentions des leaders de ces peuples et aller jusqu'à les consacrer dans la loi constitutionnelle de l'État canadien ?

À mon avis, ces deux questions appellent deux réponses des plus simples. D'abord, la reconnaissance du rapport inégalitaire qui caractérise les discussions entre les représentants des peuples autochtones au Canada et les représentants de l'État canadien et, ensuite, l'utilisation de ces représentants de référents qui sont à la fois différents et pourtant partiellement compatibles.

A - UN RAPPORT INÉGALITAIRE

Évidemment, c'est une vérité de La Palisse que de rappeler la force de l'État canadien face aux peuples autochtones, leurs politiciens et leurs membres compris. Le souligner ici ne met aucunement au cause la dignité de ces derniers, ni la valeur

de leurs conceptions, de leurs revendications ou de leurs aspirations. Il s'agit simplement de démontrer le rapport de domination qui, à mon avis, continue de caractériser la situation des peuples autochtones face aux structures étatiques au Canada. Et s'il est vrai qu'au plan du discours et qu'au plan de certaines pratiques, les représentants politiques des peuples autochtones s'insurgent carrément devant plusieurs des concepts véhiculés par les représentants de l'État tout comme devant nombre de leurs actions d'ordre législatif ou simplement exécutif, il reste que la grande majorité des organisations, qui leur apportent le soutien administratif nécessaire à l'accomplissement de leurs mandats politiques, sont largement subventionnées par l'État ou, encore, qu'elles obtiennent de ce même État des prêts qu'elles devront un jour rembourser. Ce n'est là, bien sûr, qu'un aspect de la question. Outre le danger de clientélisme que cet aspect des choses comporte, il faut aussi reconnaître que la légitimité face à l'opinion publique et les pouvoirs effectifs attribués aux représentants de l'État canadien sont, jusqu'à ce jour, largement supérieur à ceux dont jouissent les représentants des peuples autochtones.

Par ailleurs, s'il peut être possible, théoriquement, d'établir des parallèles entre la situation des peuples autochtones du Canada et celle des Noirs d'Afrique du Sud, par exemple, puisque les uns et les autres, ont subi une politique très comparable d'appropriation par l'État de leurs terres ancestrales (4), il faut convenir que le sort réservé aux Noirs d'Afrique du Sud est carrément qualifié de violation des droits les plus fondamentaux, alors que la situation des peuples autochtones sème encore la confusion, à tout le moins au Canada. Combien ne se demandent-ils pas si, au fond, les autochtones ne jouissent pas de privilèges éhontés ? Eux, qui ne paient pas de taxes sur les biens qu'ils achètent au sein de leurs réserves ; eux, qui reçoivent des indemnités faramineuses suite à la signature d'ententes négociées avec l'État ; eux, qui osent bloquer des points, narguer les autorités, et répéter à satiété qu'ils n'ont jamais cédé leur souveraineté. Certes, les Noirs d'Afrique du Sud ne se trouvent guère mieux concrètement même si l'ONU ne cesse, depuis 1960, de condamner la politique d'apartheid, politique carrément reconnue comme en étant une de violation flagrante et systématique de la norme antidiscriminatoire, mais, comparativement aux autochtones du Canada, l'opinion la plus répandue est à l'effet qu'ils subissent une violation de leurs droits fondamentaux, alors que toute la politique d'appropriation des terres autochtones et de négation de leurs droits économiques, sociaux, culturels, politiques et civils, pendant près de trois siècles, n'a guère suscité d'affirmations aussi catégoriques. Autrement dit, on hésite encore à clairement reconnaître que les peuples autochtones du Canada ont subi et subissent encore, les effets découlant de lois ou de pratiques de type colonial, fondamentalement discriminatoires et ayant eu pour objectif de détruire leurs modes de vie, leurs cultures et leurs identités.

De même, s'il est possible d'établir quelques parallèles entre les autochtones et le Tiers-Monde, l'analogie cesse assez rapidement dans la mesure où le Tiers-Monde a investi l'appareil d'État depuis les Indépendances, qu'il a pu ainsi adopter ses propres lois et, regroupé que ce soit en associations diverses, que ce soit au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, il lui a été possible de proclamer sur les tribunes les plus prestigieuses ses revendications les plus pressantes. Il ne peut en être ainsi pour les peuples autochtones, qu'ils soient du Canada ou d'ailleurs. S'ils tentent, de plus en plus, d'alerter la communauté internationale, ce ne peut être qu'à titre de participants, sans pouvoir, au sein d'institutions internationales généralement

(4) Lire à ce sujet, R. H. Bartlett, "Parallels in aboriginal land policy in Canada and South Africa" (1988) 4, *Canadian Native Law Reporter*, 1.

dominées par les États. Inutile d'ajouter qu'à tout moment, ces États peuvent s'opposer, de toute leur force, à la logique des revendications autochtones.

Même sans grand pouvoir politique, dépendant financièrement, en bonne partie du moins, de l'État lui-même, mais grâce, cependant, à un petit noyau de politiciens convaincus et de quelques sympathisants jouissant d'une bonne notoriété intellectuelle, les représentants des peuples autochtones du Canada ont pourtant vu, depuis quelques années, leur situation juridique s'améliorer. Si le droit de vote ne leur a été finalement reconnu que vers les années '60 (5), les tribunaux ont, par ailleurs, rendu, à partir des années '70, quelques décisions d'importance qui ont carrément modifié, par la suite, l'attitude des gouvernements à leur égard. Qu'on pense à la reconnaissance par les tribunaux de la notion de "titre indien" en 1973 (6), qui a entraîné l'adoption par le gouvernement fédéral d'une politique visant à négocier des ententes sectorielles ou globales importantes avec une bonne partie des groupes autochtones (7). Et, pendant les années '80, ce sont les politiciens eux-mêmes qui ont accepté d'enchâsser dans la constitution certains de leurs droits (8).

Comment expliquer ces développements ? À mon avis, parce que l'État canadien a su utiliser, à ses propres fins, des référents qui bénéficiaient, auprès des autochtones, d'une grande force symbolique.

B - DES RÉFÉRENTS PARTIELLEMENT COMPATIBLES

Lors du rapatriement de la constitution, le gouvernement fédéral avait tout intérêt à rallier le plus de groupes et d'individus à sa démarche. En y associant les autochtones, les regroupements de femmes, aussi bien que les représentants des diverses minorités, notamment autour de la proposition d'adjoindre à la formule de rapatriement, une Charte des droits et libertés ainsi que quelques dispositions reconnaissant et confirmant les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, le gouvernement fédéral se présentait alors comme le défenseur des grandes libertés et pouvait en retirer quelques appuis absolument nécessaires dans un contexte de confrontations fédérale-provinciales. La reconnaissance de droits -aussi limités soient-ils- dès lors qu'elle jouissait du prestige de l'inclusion dans la constitution, rehaussait cette image et donnait un certain espoir à ceux qui luttaient pour des droits qu'avaient trop longtemps méconnus jusqu'alors les divers législateurs.

Si l'État canadien a finalement reconnu et confirmé, en 1982, certains droits en faveur des peuples autochtones, il a également continué, d'une part, à s'appuyer sur des législations toujours aussi coloniales (par exemple, la *Loi sur les Indiens*) et il a maintenu, d'autre part, son autorité, ses concepts et ses institutions dans le cadre de lois visant soit à assurer l'autonomie des autochtones, soit à régler certaines de

(5) Lire à ce sujet, R. H. Bartlett, "Citizens Minus : Indians and the right to vote" (1979-80), *Saskatchewan Law Review*, pp. 163 à 194.
(6) *P.G. de Colombie-Britannique* c. *Calder* (1973) R.C.S. 313.
(7) Lire à ce sujet, Bernard Cleary, *L'enfant de 7.000 ans : le long portage vers la délivrance*, Sillery, Septentrion, 1989, particulièrement aux pages 206 à 218 ; B. Diamond, "Aboriginal Rights : The James Bay Experience" dans M. Boldt et J. A. Long (éd.), *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, aux pp. 265 à 285 ; Bradford W. Morse, "The Resolution of Land Claims", dans *Aboriginal Peoples and the law : Indian, Metis and Inuit rights in Canada*, Ottawa, Carleton Library Series, 1985, aux pp. 617 à 683.
(8) Lire à ce sujet, Michael Asch, *Home and Native Land : Aboriginal rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen, 1984 et William F. Pentney, *The aboriginal rights provisions in the Constitution Act, 1982*, Saskatoon (Sask.), Native Law Center, 1987, mémoire de maîtrise soumis à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa, particulièrement les deux premiers chapitres.

leurs revendications territoriales globales (9).Autrement dit, l'État a intégré au sein de son système juridique divers référents d'une grande force symbolique pour les autochtones -les droits ancestraux ; les droits issus de traités ; l'autonomie gouvernementale ; etc.- et il a pu ainsi se dissocier officiellement de l'oppression passée, tout en maintenant, par ailleurs, l'essentiel des résultats de cette oppression.

Par exemple, la notion des droits ancestraux, qui est protégée par la constitution canadienne, demeure liée à une occupation continue du territoire et à une utilisation continue des ressources par les autochtones. Comme deux siècles de colonisation ont pu empêcher, du moins dans de larges portions du territoire canadien, cette occupation et cette utilisation du territoire par les autochtones, la conséquence pratique qui en résulte est la suivante : le droit en question, analysé dans son contexte contemporain, est, pour ainsi dire, diminué comme une peau de chagrin. De plus, cette notion ne peut être concrétisée que d'une seule façon : en ayant recours aux tribunaux. La marge de manœuvre ainsi accordée aux juges suscite suffisamment d'espoir chez les autochtones pour qu'ils utilisent le système juridique étatique et reconnaissent ainsi sa légitimité. Le gouvernement fédéral, d'ailleurs, subventionne, du moins en partie, bon nombre des litiges qui concernent ces questions. En utilisant ainsi le système juridique canadien, les représentants des peuples autochtones seraient ensuite assez mal venus d'aller sur les tribunes internationales décrier les attitudes de l'État. De leur côté, les juges doivent certainement être conscients de l'importance de leur rôle dans un tel contexte. À mon avis, ils doivent, à la fois, susciter la participation des autochtones au processus judiciaire, notamment grâce à une interprétation large et libérale des quelques notions juridiques et constitutionnelles qui leur sont favorables, tout en maintenant la logique de l'ensemble du système juridique étatique.

Selon cette grille d'analyse, comment qualifier les décisions rendues, récemment, par la Cour suprême du Canada, par exemple, dans les affaires *Sparrow* et *Sioui* ? Une victoire pour les autochtones ? Le maintien de leur domination ? C'est à la fois l'un et l'autre et c'est pourquoi les autochtones continuent à jouer le jeu. Victoire des autochtones, parce que certains de leurs droits se voient haussés à un niveau supérieur dans la hiérarchie des droits existant à l'intérieur du système juridique dominant. Mais maintien de la domination parce que le seul régime qui prévaut ici est encore ce système juridique dominant et qu'en pratique même les quelques droits qui sont reconnus aux autochtones dans le cadre de ce système demeurent assujettis à plusieurs limitations, lesquelles doivent être justifiées toutefois (10).

De même, si, aux yeux de plusieurs (11), les accords de revendications territoriales ou conventions, comme celle de la Baie James et du Nord Québécois, apparaissent fort généreuses pour les autochtones, non seulement en termes de compensations financières qui leur ont été versées, mais également en termes de

---

(9) Lire à ce sujet, Michael Asch, *op. cit.*, supra note 8, et R. H. Bartlett, *Subjugation, self-management and self-government of aboriginal lands and resources*, Kingston, Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations, 1986, 102 p.

(10) Lire à ce sujet, M. Asch et P. Macklem, "Aboriginal rights and Canadian Sovereignty : an essay on *R. v. Sparrow*", (1991) *Alberta Law Review* XXIX, pp. 498 à 517 et P. Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Lagal Imagination", (1991), *Revue de droit de McGill* 2, 382. Vous pourrez lire, aux annexes 1 et 2 de cette présente communication, notre analyse des deux décisions rendues dans les affaires *Sparrow* et *Sioui*.

(11) Lire en ce sens, F. Cassidy (éd.), *Reaching just settlements : Land Claims in British Columbia*, Halifax (N.-E.), L'Institut de recherches politiques, 1991, 153 p. ; F. Cassidy et R. L. Bish, *Indian Government : Its meaning in practice*, Landzville (C.-B.) et Halifax (N.-E.), Oolichan Books et l'Institut de recherches politiques, 1989, 186 p. et F. Cassidy et N. Dale, *After Native Claims ?: The implication of comprehensive claims settlements for natural resources in British Columbia*, Landzville (C.-B.) et Halifax (N.-E.), Oolichan Books et L'Institut de recherches politiques, 1988, 230 p.

droits de chasse et de pêche particuliers ainsi que de création d'institutions qu'ils dirigent ou influencent, il reste que, globalement, ces accords réussissent beaucoup mieux à intégrer les autochtones au système juridique étatique qu'à reconnaître, ne serait-ce qu'en partie, leurs propres traditions (12). Il faut souligner, toutefois, que les bénéficiaires de ces accords ou conventions retrouvent une indépendance financière leur permettant d'engager, à leurs frais et à leur discrétion, des actions soit financières, soit politiques. Par exemple, ils peuvent décider, à tout moment, de clairement manifester leur opposition face à des projets gouvernementaux constituant, selon eux, une menace à leur mode de vie ou une atteinte à leurs droits. Tout le débat actuel entourant le projet de construction de barrage par l'Hydro-Québec sur la rivière Grande Baleine, soit en territoire cri, en est un bon exemple (13).

Enfin, en matière d'autonomie gouvernementale, les quelques ententes, qui ont été conclues entre groupes autochtones et gouvernements, témoignent d'une incorporation manifeste de ces groupes dans des institutions fort semblables à des municipalités ou comtés (14). Évidemment, de tels arrangements constituent, malgré tout, un progrès par rapport au contenu désuet de la *Loi sur les Indiens*. Mais ils demeurent bien peu favorables à la création d'un véritable pluralisme respectueux des traditions culturelles des peuples autochtones.

Bref, la reconnaissance constitutionnelle ou législative de ces référents d'une grande force symbolique pour les autochtones ne contiennent que très peu de conséquences pratiques qui puissent diverger de la logique et des pratiques de l'État canadien. Ils constituent, en fait, des référents qui ne sont que partiellement compatibles lorsque l'on tient réellement compte des conceptions de chacun. C'est, à mon avis, ce qui explique leur reconnaissance par l'État canadien.

Notons enfin qu'il existe encore beaucoup d'autres dispositions législatives et notions juridiques qui sont encore plus en opposition avec les conceptions traditionnelles des peuples autochtones. Par exemple : le contenu de la *Loi sur les Indiens* ; le contenu des traités numérotés ; la notion d'extinction de leurs droits ancestraux ; le pouvoir souverain de l'État ; etc. Nous nous limitons pour l'instant à cette simple affirmation, qui nous semble suffisante pour compléter notre description du contexte dans lequel s'inscrit, à notre avis, la redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada.

Ayant ce contexte à l'esprit, nous pouvons maintenant aborder l'analyse du discours, de la logique et des stratégies qui ont caractérisé, ces dernières années, les positions adoptées par les représentants politiques de Atikamekw et des Montagnais.

---

(12) Lire en ce sens, M. Asch, "Wildlife : Defining the Animals, the Dene Hunt and the Settlement of Aboriginal Rights Claims" (1989), *Canadian Public Policy* XV (2), aux pp. 205 à 219 ; A. Bissonnette, "Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada : débats constitutionnels et identités culturelles", (1989), *Recherches Amérindiennes au Québec* XIX(4), pp. 3 à 12 ; G. Erasmus, "Vingt ans d'espoirs déçus", (1991) *Recherches Amérindiennes au Québec* XXI(1-2), pp; 7 à 28 ; N. Rouland, *Les Inuit du Nouvau Québec et la Convention de la Baie James*, Québec, Associations Inuksiutiit Katimajiit et Centre d'études nordiques, 1978, particulièrement aux pp. 90 à 97 ; L. Sauvé, A. Bissonnette et S. Bouchard, "L'affirmation de la souveraineté autochtone aujourd'hui" dans *Peuples autochtones de l'Amérique du Nord ; De la réduction à la coexistence*, Sainte-Foy, Télé-Université, 1989, ouvrage utilisé dans le cadre du cours ANT 1001, aux pp. 289 à 384 ; R. Savard, *La voix des autres*, Montréal, L'Hexagone, 1985, aux pp. 70 à 74 ; et également, mais avec beaucoup de nuances, L. E. Hamelin, *Nordicité canadienne*, La Salle (Québec), Hurtubise HMH, 1980, aux pp. 289 à 302.

(13) Pour un excellent bilan des effets de la Convention de la Baie James et du Nord québécois, lire, S. Vincent et G. Bowers (éd.), *Baie James et Nord québécois : dix ans après*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1988, 303 p.. Quant à un bilan concernant une communauté inuit, lire L. J. Dorais, *Les Tuvaalummiut. Histoire sociale des Inuit de Quaqtaq (Québec arctique)*, Montréal, 1984, particulièrement le chapitre 5 intitulé : "Période bureaucratique".

(14) Lire à cet égard, R. H. Bartlett, *op. cit*, supra note 9 ; M. Boldt et J. A. Long, "Native Indian Self-Government : Instrument of autonomy or Assimilation ?", dans *Governments in Conflict ? Provinces and Indian Nations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1988, aux pp. 38 à 56 ; B. Clark, *Native Liberty, Crown Sovereignty : The existing aboriginal right of self-government*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Presse, 1990, 259 p.

II - DISCOURS, LOGIQUES ET STRATÉGIES D'UNE ASSOCIATION AUTOCHTONE : LE CAS DU CONSEIL DES ATIKAMEKW ET DES MONTAGNAIS

Évidemment, nous opérons ici un choix en n'analysant le discours que d'une seule association. Et ce choix est, bien sûr, orienté par notre propre participation aux activités de cette association. Le danger ici est grand. D'une part, l'expérience étant si fraîche, sans doute nous sera-t-il difficile de bien accomplir la tâche exigée d'un analyste ? D'autre part, ne serons-nous pas invariablement enclin à plaider notre dossier plutôt qu'à véritablement proposer une analyse ? Si ces écueils existent bel et bien, rien n'interdit, cependant, de chercher à les contourner. Puisque je me suis engagé à soumettre à votre considération un certain nombre de problèmes, pourquoi refuser de prendre le risque de l'éventuelle autocritique ?

Chose certaine, il aurait été plus difficile de proposer une analyse du discours, de la logique et des stratégies de l'ensemble des organismes politiques représentant les différents groupes autochtones du Canada. Plus difficile, parce qu'en plus de l'inévitable cueillette d'informations, qui se serait avérée longue et laborieuse, il aurait fallu, en plus, clairement identifier les différents interlocuteurs, analyser leur propre position par rapport aux groupes représentés et, enfin, chercher à dégager leurs stratégies propres. J'ai donc choisi ici de vous proposer l'analyse d'un exemple ; de procéder à une étude de cas et de vous laisser le soin, éventuellement, de vérifier dans quelle mesure les résultats de notre démarche peuvent également s'appliquer à plusieurs autres associations autochtones. Ces limites étant identifiées, nous pourrons malgré tout nous pencher sur l'objet fondamental de ma communication, soit la redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada, car, à partir de notre seul exemple, l'ensemble de cette problématique peut être exposé.

Après avoir identifié l'interlocuteur en présence, je procéderai, d'abord, à une description du discours tenu, ces dernières années, par le Conseil des Atikamekw et des Montagnais pour, ensuite, chercher à dégager la logique qui est sous-jacente à ce discours et à brosser un portrait des stratégies utilisées afin de le faire respecter.

A - UN DISCOURS TRADITIONNEL RÉAFFIRMÉ PAR UN INTERLOCUTEUR CHERCHANT À INVENTER UNE NOUVELLE MODERNITÉ

Le Conseil des Atikamekw et des Montagnais est une corporation légalement constituée, depuis 1976, en vertu d'une loi fédérale canadienne. Ses membres sont les conseils de bande atikamekw et montagnais situés en territoire québécois et toute personne d'origine atikamekw ou montagnaise également domiciliée au Québec. Son mandat est principalement d'assurer la protection des droits et des intérêts des communautés concernées et de négocier avec les gouvernements du Québec et du Canada ce qu'on appelle, techniquement, un accord de revendications territoriales (15). Ces communautés sont au nombre de douze : trois regroupant environ 4.000 Atikamekw et neuf regroupant environ 11.000 Montagnais (16).

---

(15) B. Cleary, *op. cit.*, supra note 7, particulièrement aux pp. 34 et 35 et Renée Dupuis, *Les revendications territoriales du Conseil Attikamek-Montagnais*, Québec, 1985, manuscrit, projet d'intervention présenté à l'ENAP en vue de l'obtention de la maîtrise en administration publique, particulièrement aux pp. 5 à 8.

(16) Pour une bonne vue d'ensemble au sujet de ces communautés, lire M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais, de 1760 à nos jours*, Québec, Gouvernement du Québec, Publication ≠ 2700 du MER, 1987, 297 p. + 2 annexes.

Deux remarques au sujet de cette association politique. D'abord, elle est formée en s'appuyant sur des instruments juridiques de la société dominante et elle constitue une nouvelle forme de regroupement dans la mesure où ceux qui y détiennent les postes d'influence témoignent d'un leadership fondé moins sur des compétences de type traditionnel (par exemple, qualités de bon chasseur et de personne qui témoigne des valeurs privilégiées par le groupe) que sur des compétences de type moderne (par exemple, qualités de gestionnaire, d'analyste politique et juridique, ou encore de bon lobbyiste). Ceci étant dit, la très grande majorité des leaders agissant au sein du Conseil maîtrisent parfaitement leur langue d'origine et jouissent d'une connaissance approfondie des communautés qu'ils représentent. Une nouvelle forme de regroupement aussi, parce qu'elle ne s'articule plus autour d'activités quotidiennes mais plutôt autour d'enjeux strictement politiques. Notre deuxième remarque vise simplement à souligner que ce regroupement exclut les Montagnais vivant à l'extérieur du territoire québécois. Or, au Labrador, sous juridiction de la province de Terre-Neuve, vivent deux importantes communautés montagnaises, qui, historiquement et encore jusqu'à aujourd'hui, font clairement partie du peuple montagnais. Ajoutons que ces personnes vivant au Labrador sont représentées par une autre association qui se désigne comme étant la Nation Innu. À vrai dire, le peuple montagnais ou innu vit de part et d'autre de la frontière établie entre le Québec et Terre-Neuve (17).

À notre avis, il existe trop peu d'analyses approfondies du mode de leadership exercé au sein des actuels regroupements autochtones. Il y a pourtant là une véritable mine d'or pour les anthropologues politiques. Cette absence de recherche dans ce domaine peut, cependant, s'expliquer aisément. Nombre d'associations autochtones ont refusé, depuis les années '70, que de telles investigations ne s'accomplissent sans leur permission. Les anthropologues eux-mêmes ont reconnu la légitimité d'une telle exigence. Reconnaissons-le, cette exigence a le mérite de mieux respecter la volonté des principaux intéressés et elle a le mérite d'empêcher que de telles analyses ne servent qu'à la société dominante. Mais il reste qu'elle laisse dans l'ombre des îlots de connaissance dont pourraient éventuellement se servir non seulement les chercheurs mais aussi les membres de ces communautés.

Cette identification sommaire du Conseil des Atikamekw et des Montagnais étant faite, abordons maintenant l'analyse du discours qu'il véhicule généralement sur les diverses tribunes auxquelles il a accès (18).

Ce discours rappelle, généralement, que les Atikamekw et les Montagnais sont actuellement en négociation avec le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada et qu'ils devraient l'être, sous peu, avec le gouvernement de la province de Terre-Neuve. Indiquant qu'il s'agit là d'une négociation concernant leurs revendications territoriales et visant à conclure un accord de revendications territoriales, au sens de la constitution canadienne, ce discours souligne que, pour les

(17) Lire à ce sujet, P. Armitage, *Lande Use and Occupancy among the Innu of Utshimassit and Sheshatshit*, Sheshatshit et Utshimassit (Nitassinan/Labrador-Québec), document préparé pour la Nation Innu, 1990, 240 p., tout particulièrement aux pp. 84 à 91.

(18) Ce discours se retrouve dans plusieurs documents produits et rendus publics récemment par les représentants du Conseil des Atikamekw et des Montagnais. Nous n'en mentionnerons ici que quelques-uns : Bernard Cleary, *Conférence prononcée lors du 6e Congrès de la Société québécoise de droit international*, Montréal, le 4 mai 1990 ; Bernard Cleary, *Bilan de quatre ans de négociation*, Genève, mémoire déposé devant le Groupe de travail sur les populations autochtones lors de sa 8è session, juillet 1990, 29 p. ; Collectif, *Le pays infini* , document de sensibilisation sur la question autochtone produit conjointement par le Conseil des Atikamekw et des Montagnais, *Le projet de société des Atikamekw et des Montagnais et l'avenir constitutionnel du Québec*, Québec, mémoire déposé devant la Commission sur l'avenir constitutionnel et politique du Québec, 2 novembre 1990, 23 p. ; René Simon, *Le dossier de la négociation globale et l'élaboration de la politique québécoise en matière autochtone*, Sept-Iles, discours prononcé lors du colloque régional tenu les 30 et 31 octobre et 1er novembre 1991.

principaux intéressés, ce qui est au cœur de cette négociation, c'est la reconnaissance de leur projet de société.

Les représentants du Conseil des Atikamekw et des Montagnais établissent une distinction entre le contenu de ce projet de société et les moyens utilisés pour le faire connaître et pour le faire respecter.

Quant à son contenu, ils indiquent qu'il existe, en fait, plusieurs façons d'exprimer ce projet de société et que leur défi à eux, représentants et négociateurs au service de leurs populations, est de trouver les mots, les expressions et les concepts qui, à la fois, reflètent bien ce projet de société et demeurent compréhensibles pour les représentants des gouvernements. Ils déclarent que ce projet de société se fonde essentiellement sur deux grandes notions : le rapport à leur territoire ancestral et la persistance de leur culture. Au sujet du rapport à leur territoire ancestral, ils soulignent qu'il existe toujours, et ce malgré les transformations de leur mode de vie, qu'il concerne autant les chasseurs de métier que les autres, qu'il fait partie de leur histoire, de leurs légendes et de leur identité et qu'enfin il procure du bien-être, autant mentant que physique. Au sujet de leur culture, ils soulignent qu'elle est toujours bien vivante, qu'elle est liée à leurs langues, à leurs systèmes de parenté, à leur vie communautaire ainsi qu'à leur présence sur le territoire et à la manière propre d'envisager les différents aspects de la vie en société. Ils indiquent également que cette culture perpétue l'héritage de leurs ancêtres, leurs conceptions du monde et leur place au sein de l'univers. Ils déclarent être très conscients du fait que cette culture est menacée par la société dominante qui, souvent inconsciemment, parfois de façon très consciente, leur demande de s'intégrer à ses manières de faire et de penser. Ils affirment, enfin, que ce projet de société vise des objectifs précis : d'une part, d'assurer l'existence et le maintien de leur rapport au territoire et de leur culture et, d'autre part, de leur permettre de s'épanouir dans un contexte contemporain.

Quant aux moyens utilisés pour faire connaître et respecter ce projet de société, les représentants du Conseil des Atikamekw et des Montagnais déclarent qu'il en existe plusieurs, mais qu'ils privilégient, quant à eux, la négociation territoriale globale actuellement en cours, compte tenu de son éventuelle efficacité. Ils rappellent qu'à cause de l'existence de leurs droits ancestraux, les gouvernements ont accepté d'engager avec eux cette négociation, afin de donner à leurs populations la place qui leur revient au sein de la société québécoise et canadienne. Ils déclarent que ce qu'ils désirent obtenir, grâce à cette négociation, peut être résumé en deux grandes idées : 1) des droits issus de traités au sujet de leur territoire, de leurs institutions politiques, de leurs activités dites traditionnelles (par exemple, la chasse, la pêche et le piégeage), de leurs leviers économiques (par exemple, l'exploitation des richesses naturelles comprises au sein de leurs territoires ancestraux), de leur sécurité sociale et de leur affirmation culturelle et 2) la possibilité de modifier ou d'améliorer à l'avenir l'accord de revendications territoriales qui sera conclu avec les gouvernements, dans la mesure où il est impossible de tout prévoir et difficile de tout assumer, dès maintenant. Ils soulignent, en outre, être bien au fait de l'importance des autres forums de négociation, dont ceux relatifs au renouvellement de la constitution canadienne ou à la création d'un nouvel État québécois.

Que penser d'un tel discours ? Et surtout à quelle logique se réfère-t-il ? Nous vous soumettons comme hypothèse que ce discours puise à deux logiques : l'une liée à l'univers culturel propre aux Atikamekw et aux Montagnais, l'autre aux règles juridiques reconnues ou en formation au sein de l'État canadien.

À notre avis, une large partie de ce discours ne peut, en effet, être comprise qu'en faisant référence aux conceptions propres à ces peuples en matière de rapport au territoire. Les représentants politiques du Conseil des Atikamekw et des Montagnais l'affirment très clairement, non seulement lors des négociations avec les

représentants gouvernementaux, mais également lorsqu'ils s'adressent directement à la population québécoise ou canadienne. Ils soulignent, notamment, que le concept de la propriété privée, tel qu'entendu en droit civil québécois ou français, n'existe pas chez eux ; ils expriment plutôt leur rapport au territoire en s'en déclarant responsables et en estimant l'avoir reçu en partage du Créateur lui-même ou, du moins, de leurs propres ancêtres établis sur ce territoire bien avant la venue des Européens (19).

Quant à l'autre logique sous-jacente, selon nous, au discours que nous venons de vous décrire, il nous semble évident qu'elle est celle invoquée par les théoriciens du droit autochtones, tel qu'il est actuellement peu à peu reconnu soit par la jurisprudence, soit par la législation au Canada. Cette logique s'inscrit dans le domaine de la "common law" ou du droit public canadien. La doctrine juridique canadienne à ce sujet tend à raffiner les grands concepts de ce domaine du droit de manière à accorder aux peuples autochtones un sort plus enviable que celui qu'ils ont subi, pendant près de deux siècles (20).

Ayant ainsi décrit le discours généralement véhiculé par les représentants politiques des Atikamekw et des Montagnais et ayant tenté de dégager la logique ou plutôt les logiques qui lui sont sous-jacentes, il ne nous reste plus qu'à tenter d'identifier les stratégies utilisées afin de faire respecter ce discours.

B - DES STRATÉGIES MARQUÉES DU SCEAU DE L'INCERTITUDE ET DU RISQUE

Les représentants du Conseil des Atikamekw et des Montagnais le savent trop bien, et l'affirment couramment : les gouvernements s'enferment dans leur propre logique, invoquant le droit strictement positif. Tout argument puisé à l'extérieur du domaine que les juristes de leurs contentieux connaissent et contrôlent, risque, au mieux, d'être interrogé distraitement, au pire, d'être raillé, discrédité ou méprisé purement et simplement. Plutôt que d'accepter de reconnaître les droits ancestraux des peuples autochtones, non seulement tels que les tribunaux les conçoivent, mais également tels que les principaux intéressés les définissent dans leurs propres traditions, les gouvernements cherchent plutôt à abroger ces droits ou, selon le nouveau langage utilisé, à en obtenir la cession en échange de droits qu'ils estiment plus clairs. De même, plutôt que de tenter de rétablir les autochtones dans leurs territoires ancestraux, avec des pouvoirs leur permettant d'exercer les responsabilités qu'ils estiment devoir exercer en vertu de leur propre système juridique, les gouvernements cherchent plutôt à leur offrir des compensations financières pour la perte de ces territoires, perte que ces gouvernements estiment irrémédiable depuis que des tiers, c'est-à-dire leurs propres citoyens, se sont établis sur ces terres ou les exploitent en vertu de permis qu'ils ont eux-mêmes octroyés. Dans la même veine, ce qu'ils offrent aux autochtones dans le cadre des échanges pouvant être réalisés lors

---

(19) Lire à ce sujet, les analyses approfondies et éclairantes des anthropologues José Mailhot et Sylvie Vincent, "Le droit foncier montagnais", (1982) *Interculture* 15 (2-3), pp. 65 à 74 et *Le discours montagnais sur le territoire*, Québec, rapport soumis au Conseil des Atikamekw et des Montagnais, 1980, 213 p.. Lire également, A. Bissonnette, "Droits autochtones et droit civil : Opposition ou complémentarité ? Le cas de la propriété foncière", dans *Colloque de 1991 de l'Association Henri Capitant (section québécoise)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, à paraître.

(20) L'un des auteurs les plus renommés qui travaille en ce sens, est, sans conteste, M. le professeur Brian Slattery, qui enseigne à la prestigieuse Osgoode Hall Law School de Toronto. Lire notamment, son article intitulé "Understanding Aboriginal Rights" (1987) 66 *Revue du Barreau canadien* 727-783. Les principaux ouvrages de référence en la matière au Canada sont : Bradford W. Morse (éd.), *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, Ottawa, Carleton University Press, 1985, 800 p. ; Robert A. Reiter, *The Fundamental Principals of Indian Law*, Edmonton, First Natons Resource Council, 1990 ; Jack Woodward, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, 626 p.

de ces transactions foncières, ressemble beaucoup plus à leurs propres institutions qu'à celles pouvant être créées en se fondant sur les traditions autochtones. Enfin, pendant que ces négociations se poursuivent, les projets de développement ne cessent pas pour autant, les lois et règlements continuent également de s'appliquer, ainsi que les accusations d'être portées, notamment en matière de chasse et de pêche, et les condamnations d'être prononcées. Bref, leur seule concession réelle est d'accepter de s'asseoir à des tables de négociation. Mais, pendant qu'ils négocient, tout se passe, dans la réalité, comme si rien n'était en discussion, comme si rien n'allait être changé, éventuellement.

Devant cette logique implacable, quelles stratégies sont utilisées par les représentants des Atikamekw et des Montagnais ? Pour l'instant, des stratégies qui font appel à la bonne foi, au sens de l'équité, au respect des cultures ou encore au bon droit, c'est-à-dire bien souvent celui qui n'est pas encore reconnu positivement mais qui est en train d'être élaboré soit par les théoriciens favorables aux aspirations des peuples autochtones, soit par des regroupements qui, sur la scène internationale, jouissent encore d'une bonne marge de manœuvre face aux États (21). S'ils se sont, à l'occasion, adressé directement à la population québécoise ou canadienne afin de la gagner à leurs points de vue, généralement ils n'ont pour interlocuteurs que ceux-là mêmes avec lesquels ils négocient. Or, en termes de rapport de forces, devant les gouvernements, les Atikamekw et les Montagnais sont, de toute évidence, en situation désavantageuse.

Les Atikamekw et les Montagnais ont également fait front commun avec les grandes organisations autochtones qui jouissent, au Canada, d'un plus grand pouvoir de persuasion. Nous référons ici principalement à l'Assemblée des Premières Nations, organisation qui représente, sur la scène nationale, l'ensemble des Amérindiens. Dans un contexte de discussions constitutionnelles où la menace de l'indépendance québécoise ne cesse de planer, on peut penser qu'une alliance stratégique avec l'Assemblée des Premières Nations pourrait permettre aux Atikamekw et aux Montagnais d'inciter soit le gouvernement du Québec, soit le gouvernement fédéral, à leur faire des propositions plus proches de leurs aspirations.

Enfin, une dernière stratégie s'offre à eux. Celle peut-être de la dernière chance, car elle demeure hautement risquée. C'est, bien entendu, le recours aux tribunaux, soit, par exemple, afin de faire arrêter des travaux de construction de barrages hydro-électriques, soit afin de défendre certains de leurs membres accusés d'infractions diverses à des lois fédérales ou provinciales. L'argument alors utilisé serait, bien sûr, en rapport avec le concept des droits ancestraux, tel que l'entendent les tribunaux. Mais devant l'incertitude et le risque que comporte un tel recours aux tribunaux, nombre d'entre eux préfèrent continuer à tenter de tirer le maximum de profits du processus de négociation. Sans doute, est-ce là l'attitude la plus sage, mais également celle qui exige le plus de patience, de courage, sinon le plus d'espoir.

---

(21) Lire à cet égard, les différents rapports du Groupe de travail sur les populations autochtones créé par le Conseil économique et social de l'ONU ainsi que l'excellente synthèse de José R. Martinez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones Volume V : Conclusions, propositions et recommandations*, New York, Nations Unies, 1987, E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, 49 p.. Sur l'historique et les objectifs du Groupe de travail sur les populations autochtones, lire D. Sanders, "The U.N. Working Group on Indigenous Populations", (1989) 11 *Human Rights Quaterly*, pp. 406 à 433.

CONCLUSION

La redéfinition du statut des peuples autochtones, telle que souhaitée par des groupes comme le Conseil des Atikamekw et des Montagnais, n'est donc pas chose facile. Les obstacles qui se dressent sur la route semblent de taille. Non seulement les Atikamekw et les Montagnais cherchent-ils à obtenir des pouvoirs importants qui leur seraient octroyés par ceux-là mêmes qui fixent, en ces matières, les règles du jeu, mais ils osent, en plus, invoquer des concepts et une logique qui sont foncièrement étrangers à la tradition juridique dominante au Canada. Soit dit incidemment, le fossé qui sépare ainsi les concepts atikamekw et montagnais du droit public canadien est aussi grand du côté de la rive francophone, que du côté de la rive anglophone. Autrement dit, s'il existe des distinctions entre les traditions juridiques francophones et anglophones aux Canada, celles-ci restent proches parentes si on les compare à l'univers juridique proprement atikamekw ou montagnais.

Seule une volonté de mettre en œuvre un véritable pluralisme juridique que ce soit au sein d'une nouvelle structure étatique canadienne, ou au sein d'un nouvel État québécois, pourrait permettre de répondre de façon satisfaisante aux revendications et aux aspirations manifestées par les représentants de ces peuples qui ne sont sans doute plus aussi éloignés, au plan culturel, que ne l'étaient leurs ancêtres par rapport aux nôtres, mais qui cherchent tout de même à vivre leur modernité en raffermissant leurs valeurs et leurs absolus.

J'avais pour tâche de soulever devant vous une série de problèmes dont nous pourrions débattre ensemble, une fois mon exposé terminé. Je vous ai soumis des faits, une ou deux hypothèses et quelques analyses sommaires, à parfaire et qui gagneront très certainement à être critiquées. La parole est maintenant à vous.

ANNEXE 1

OBJET : ANALYSE DE LA DÉCISION RENDUE LE 31 MAI PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *SPARROW*

1. Dans cette affaire, l'appelant était M. Ronald Edward Sparrow et l'intimée, Sa Majesté la Reine. Plusieurs associations et procureurs généraux ont agi à titre d'intervenants dans ce dossier.

2. Voici les faits de cette affaire. L'appelant, Sparrow, est un membre de la bande indienne des Musqueams. Il a été accusé en vertu du paragraphe 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, c. F-14, d'avoir pêché, le 25 mai 1984, alors qu'il utilisait un filet dérivant de 45 brasses de longueur, alors que la limite autorisée, en vertu du permis de pêche de subsistance de la bande, était de 25 brasses de longueur. En défense, Sparrow a plaidé qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet est incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, qu'il est inopérant en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

3. Sparrow a été condamné en Cour provinciale et en Cour de comté. Son appel a été accueilli devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

4. La question de droit qui était soulevée devant la Cour suprême du Canada était de savoir si la limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984, en vertu du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et de la *Loi sur les pêcheries*, est, oui ou non, incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. Six juges de la Cour suprême du Canada ont participé à ce jugement. Ils ont décidé, à l'unanimité, que la question qui leur avait été soumise doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse devant respecter la grille d'analyse exposée dans leur jugement. Le jugement a été rédigé par le juge en chef Brian Dickson et par le juge La Forest.

6. Le but de notre mémo est de résumer le cheminement suivi par la Cour suprême du Canada dans son analyse des droits ancestraux invoqués par Sparrow, cheminement que devront suivre à l'avenir les tribunaux appelés à se pencher sur des questions mettant en cause les droits ancestraux des peuples autochtones.

7. La Cour a d'abord procédé à l'analyse de l'expression "droits ancestraux 'existants'". Selon la Cour, le mot "existants" signifie "non éteints". Ainsi, un droit ancestral "existant" est celui qui existait au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour précise qu'il ne faut pas entendre par là le droit tel qu'il était réglementé avant 1982 et, au contraire, qu'il faut donner une interprétation souple à l'expression "droits ancestraux 'existants'" de façon à permettre à ces droits d'évoluer dans le temps. La Cour explique son refus de donner à cette expression le sens d'un droit tel qu'il était réglementé avant 1982 par le fait qu'une telle interprétation obligerait à utiliser des textes réglementaires pour déterminer le sens du droit en question, qu'elle risquerait de créer un véritable méli-mélo constitutionnel ainsi que de constitutionnaliser des régimes réglementaires très sévères.

8. La Cour s'est ensuite penchée sur la preuve du droit ancestral de pêcher de M. Sparrow. Établie, en grande partie, par le témoignage d'un anthropologue qui a été confirmé par celui d'un administrateur de la bande, la preuve présentée en première instance révèle, d'une part, que les Musqueams vivaient dans la région, comme société

organisée, bien avant la venue des colons européens et, d'autre part, que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et qu'elle le demeure encore aujourd'hui.

Aux objections soulevées devant elle par le procureur général de la Colombie-Britannique à l'effet que cette preuve était insuffisante pour libérer l'appelant de son fardeau de preuve en la matière, la Cour suprême a répondu que, même si cette preuve était sommaire, surtout en ce qui concerne les années 1867 à 1961, il n'en demeure pas moins qu'elle "n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure" et qu'"il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier les conclusions de la Cour d'appel" et, en conséquence, qu'elle n'y toucherait pas.

9. Sur la question de savoir si le droit ancestral de pêcher de M. Sparrow avait été éteint, la Cour a fait l'historique de la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique et a conclu que le droit ou la liberté des Indiens de pêcher a été restreint au fil des ans. Ceci dit, réglementation n'égale pas extinction a-t-elle souligné :

> "Que l'exercice fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, signifie pas que ce droit est par le fait même éteint" (p. 17).

Pour qu'un tribunal puisse conclure à l'extinction d'un droit ancestral, nous précise ce jugement unanime de 6 juges de la Cour suprême du Canada, "*il faut que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral soit claire et expresse*" (p. 18 souligné par nous).

En utilisant ce critère, la Cour procède ensuite à l'analyse de la réglementation pertinente en Colombie-Britannique et conclut :

> "La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher" (p. 18).
>
> "Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit" (p. 18).

10. Quant à la portée du droit ancestral de pêcher, la Cour suprême fait sienne, *pour les seules fins du pourvoi*, la position de la Cour d'appel a l'effet que ce droit comprend le droit de pêcher pour des fins de subsistance. Autrement dit, elle refuse, à ce stade-ci, de se prononcer sur la question de savoir si le droit ancestral de pêcher comprend la pêche commerciale. Cependant, comme la Cour d'appel, elle accepte dans la définition du droit de pêcher pour des fins de subsistance, non seulement les poissons pêchés pour se nourrir mais aussi ceux servant à des activités sociales et rituelles (pp. 18 à 20).

11. Pour construire le cadre d'interprétation approprié du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour suprême indique qu'il y a lieu d'analyser, d'abord, l'historique de ce paragraphe, ensuite, sa nature propre.

L'historique de ce paragraphe amène la Cour à conclure qu'il est "l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droit ancestraux" (p. 24).

Quant à la nature même de ce paragraphe 35(1), la Cour indique qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Cet objectif en étant un de *confirmation* des droits ancestraux, la Cour indique qu'une interprétation généreuse et libérale s'impose (p. 25). La Cour précise, en outre, que les arrêts *Guérin* et *Taylor and Williams* justifient "un principe directeur général d'interprétation du paragraphe 35(1), à savoir, *le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones*" (p. 27, souligné par nous).

Le paragraphe 35(1) comportant pour le gouvernement la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, il en découle, selon la Cour, une restriction à l'exercice du pouvoir souverain :

> "En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est *d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux*" (p. 28).

12. La Cour procède ensuite à l'étude du cas d'espèce en soulignant l'importance du contexte et de l'examen du dossier d'espèce lorsqu'on procède à une interprétation du paragraphe 35(1) :

"Les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas" (p. 30).

Tout en procédant à la détermination des effets du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique, la Cour décrit, de façon détaillée, le critère applicable, d'une part, pour déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant et, d'autre part, pour justifier cette atteinte.

La première question à se poser alors est la suivante :

EST-CE QUE LA LOI EN QUESTION A POUR EFFET DE PORTER ATTEINTE À UN DROIT ANCESTRAL EXISTANT ?

Si oui, il s'agit d'une violation à première vue du paragraphe 35(1).

Pour répondre à cette question, il faut, d'abord, examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question et, ensuite, se poser certaines questions :

1. la restriction est-elle déraisonnable ?
2. le règlement est-il indûment rigoureux ?
3. le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?

Quant aux caractéristiques ou aux attributs du droit ancestral de pêcher en question dans le cas d'espèce, la Cour indique qu'il faut prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law à ce droit ancestral qui appartient à un groupe et qui est en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. La Cour ajoute, d'une part, qu'il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature de ce droit et, d'autre part, qu'il serait artificiel d'établir une distinction nette entre le droit de pêche et la manière précise dont il est exercé (p. 31).

Dans le cas d'espèce, pour répondre à la question ci-haut mentionnée, on doit se demander si, *de par son objet ou son effet*, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte *inutilement* aux intérêts protégés par le droit de pêche. La Cour indique que la preuve de pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou encore la preuve que la restriction imposée entraîne une difficulté pour les Musqueams de prendre du poisson, cela *suffirait* pour conclure que la loi a porté atteinte au droit ancestral de pêcher.

La deuxième question à se poser est la suivante :

EST-CE QUE LA LOI EN QUESTION CONSTITUE UNE RÉGLEMENTATION LÉGITIME D'UN DROIT ANCESTRAL GARANTI PAR LA CONSTITUTION ?

Si non, la disposition pertinente sera déclarée inopérante.

Pour répondre à cette question, il faut vérifier, d'abord, s'il s'agit d'un objectif législatif régulier et, ensuite, si l'honneur de Sa Majesté a été respecté dans les rapports spéciaux de fiduciaire du gouvernement envers les autochtones.

Comment vérifier s'il s'agit d'un objectif régulier ? En répondant aux deux questions suivantes : est-ce que l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter le règlement concerné est régulier ? et est-ce que l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant ce règlement est régulier ?

La Cour donne des exemples d'objectifs réguliers. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés par le paragraphe 35(1). Des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice des droits visés par le paragraphe 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Et, enfin, des objectifs jugés impérieux et réels.

En revanche, l'objectif de protéger "l'intérêt public" ne serait pas jugé comme étant régulier, d'une part, parce qu'il est si vague qu'il ne fournit aucune ligne directe utile et, d'autre part, parce qu'il est si général qu'il est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée (p. 32).

La Cour souligne, en aparté, que la présomption de validité des lois est maintenant désuète dans un contexte où les droits ancestraux jouissent d'un statut constitutionnel. Elle ajoute cependant que l'importance des objectifs de conservation est reconnue et est compatible avec les croyances et avec la mise en valeur des droits des autochtones (p. 33).

Maintenant, comment vérifier si l'honneur de Sa Majesté est respecté ? La Cour nous indique que le premier facteur à déterminer est celui des rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. Ensuite, il y a d'autres questions à aborder selon les circonstances de l'enquête. En voici quelques exemples qui ne sont pas exhaustif :

1. est-ce qu'en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits ?

2. est-ce qu'une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation ?

3. est-ce que le groupe d'autochtones concerné a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre (p. 38) ?

Pour revenir au premier facteur à déterminer pour vérifier si l'honneur de Sa Majesté est respecté, c'est-à-dire la responsabilité du gouvernement envers les autochtones, voici le critère dégagé par la Cour suprême à cet égard en matière de droit ancestral de pêcher :

> "(D)ans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre des mesures de conservation valides,
> il faut accorder *la priorité absolue à la pêche des Indiens pour des fins de subsistance*" (p. 34).

Que signifie cette notion de priorité absolue donnée aux Indiens pour leur pêche à des fins de subsistance ? La Cour indique qu'on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens lorsqu'on procède à la répartition détaillée des ressources maritimes. En d'autres termes, si on fixe à 200 le nombre de poissons qu'il est permis de pêcher afin d'assurer la conservation de la ressource, et si les Indiens ont besoin de ces 200 poissons pour assurer leur subsistance, alors les 200 poissons doivent être accordés entièrement aux Indiens. Un règlement ou une loi ne garantissant pas aux Indiens la priorité absolue sur tout surplus de poissons pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation, sera déclaré incompatible avec le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, déclaré inopérant en vertu de l'article 52 de la même loi.

13. Finalement, dans le cas d'espèce, la Cour suprême du Canada ordonne la tenue d'un nouveau procès et précise le déroulement de l'enquête.

- Il incombera d'abord à l'appelant *Sparrow* de *démontrer* que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance.
- Et si on conclut à l'existence d'une telle atteinte, le fardeau de la preuve passera au *ministère public* qui devra alors *démontrer* que le règlement est justifiable. À cet égard, le ministère public devra prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent (par exemple, ne pas accorder la priorité absolue à la pêche des Indiens pour leur subsistance) et il devra également démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise (p. 39).

14. La Cour suprême du Canada a donc très clairement établi que "les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire" et que "la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définis en fonction de ces rapports historiques" (p. 27). Une des questions qui se pose à nous, aujourd'hui, est de savoir si cette obligation incombe uniquement au gouvernement fédéral, en vertu de l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou si, au contraire, il s'agit là d'une obligation qui concerne aussi bien les gouvernements provinciaux que le gouvernement fédéral.

À notre avis, la réponse à cette question devrait être la suivante. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* étant une norme constitutionnelle rendant "inopérantes les

dispositions incompatibles de toute autre règle de droit" (1), elle devrait fort vraisemblablement être respectée par tous les gouvernements au Canada (2), et il en découle qu'inévitablement "la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones" incombe à tout gouvernement, qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou des gouvernements provinciaux. D'ailleurs, on retrouve textuellement dans le jugement unanime des six juges de la Cour suprême, qui ont participé à la décision dans *Sparrow*, l'affirmation suivante :

> "Il (le paragraphe 35(1)) accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guérin*, précité (...)" (p. 24).

Si l'on accepte que l'article 35 comporte pour chacun de ces gouvernements la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, et ce dans leurs domaines respectifs de compétence, on doit ensuite inévitablement suivre le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Sparrow* et accepter que découle, de cette nouvelle règle constitutionnelle, une restriction à l'exercice de leurs pouvoirs souverains respectifs. Bref, le pouvoir, qu'il soit fédéral, provincial ou même territorial, pour paraphraser le jugement de la Cour suprême, doit être concilié avec l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, qu'elle soit fédérale, provinciale ou même territoriale, "et la meilleure façon d'y parvenir est *d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux*" ou à des droits issus de traités, et ce selon le critère qui a très clairement été mis en application par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow*.

Nous n'entendons pas ici conclure péremptoirement sur cette question qui fera très certainement l'objet de nombreux litiges judiciaires. Chose certaine, il serait pour le moins contradictoire de voir l'Administration publique québécoise et ses fonctionnaires refuser de se sentir liés par cette nouvelle règle constitutionnelle, alors que la motion de 1985 de l'Assemblée nationale du Québec reconnaissait expressément les droits existants ancestraux et issus de traités des nations autochtones vivant au Québec.

---

(1) En vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(2) À notre avis, l'article 32 compris dans la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* devrait servir à tout le moins d'indicateur permettant d'identifier à qui s'applique la Partie II de cette même *Loi constitutionnelle de 1982*. Lire au sujet de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés au gouvernement : SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd (1986)2 R.C.S. 573, à la page 598 où le juge McIntyre, appuyé par les juges Dickson, Estey, Chouinard et Le Dain, écrit que "le mot 'gouvernement' utilisé à l'article 32 de la Charte désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial".

ANNEXE 2

OBJET : ANALYSE DE LA DÉCISION RENDUE LE 24 MAI PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *SIOUI*

1. Dans cette affaire, l'appelant était le Procureur général du Québec, les intimés, les frères Sioui. Le Procureur général du Canada et l'Assemblée des Premières Nations ont agi à titre d'intervenants dans ce dossier.

2. Trois questions de droit ont été soulevées dans cette affaire :

1) Le document suivant, signé au nom du général Murray le 5 septembre 1760, constitue-t-il un traité, au sens de la *Loi sur les Indiens* (S.R.C. 1970, c. I-6) ?
(TRADUCTION) "PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu ; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE ; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais : nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueil, ce 5è jour de septembre 1760.

Ja. MURRAY

Sur l'ordre du général,
John COSNAN,
Adjudant général

2) Si la réponse à la question 1 est dans l'affirmative, ce "traité produisait-il encore des effets juridiques le 29 mai 1982, au moment où les infractions reprochées ont été commises ?

3) Si les réponses aux questions 1 et 2 sont affirmatives, les termes de ce document étaient-ils de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, partie II, 25 novembre 1981, pp. 4815 et suiv.) adoptés en vertu de la *Loi sur les parcs* (L.R.Q., ch. P-9) à l'égard des intimés ?

3. Les neufs juges de la Cour suprême du Canada, qui ont participé à ce jugement, ont répondu unanimement OUI à chacune de ces trois questions. Le juge Lamer a rédigé la décision.

4. Voici, en premier lieu, les motifs exprimés par le juge Lamer pour répondre affirmativement à la question de savoir si le document soumis en preuve constitue un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*.

Ces motifs sont de deux ordres ; ils concernent, premièrement, la capacité des parties impliquées et, deuxièmement, la nature juridique du document du 5 septembre 1760.

a) Quant à la capacité des parties impliquées, le juge conclut à la capacité de la Grande-Bretagne, du général Murray et des Hurons de conclure un tel traité, non sans avoir souligné, au préalable, que les tribunaux doivent faire preuve de flexibilité lorsqu'ils ont à déterminer la capacité de signer ou de conclure un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*.

En analysant la capacité de la Grande-Bretagne, le juge souligne qu'un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, est un accord "*sui generis*" qui n'est ni créé, ni éteint selon les règles du droit international. La règle à suivre par les tribunaux lorsqu'ils ont à résoudre une telle question est la suivante :

> "(I)l faut voir la question de la capacité *avec les yeux des Indiens de l'époque* et se demander s'il était raisonnable qu'ils aient présumé que leur interlocuteur était habilité à conclure un traité avec eux".

Dans le cas d'espèce devant lui, le juge conclut que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que la Couronne britannique avait le pouvoir de conclure un traité avec eux qui serait en vigueur tant que les Britanniques contrôleraient le Canada.

En analysant la capacité du général Murray, le juge Lamer précise deux critères à respecter afin de décider si une *personne* a la capacité de conclure un traité avec les Indiens :

1) Il faut qu'elle ait représenté la Couronne britannique dans des fonctions très importantes d'autorité ;

2) Il faut ensuite se placer du point de vue des Indiens et se demander s'il était raisonnable de leur part, eu égard aux circonstances et à la position occupée par leur interlocuteur direct, de croire qu'ils avaient devant eux une personne capable d'engager la Couronne britannique par traité.

Le premier critère à respecter peut être qualifié de critère objectif. Dans le cas d'espèce, est-ce que le général Murray représentait la Couronne britannique dans des fonctions très importantes d'autorité. La réponse du juge Lamer à cette question est : "Oui, Murray était l'officier britannique de plus haut rang avec lequel les Hurons auraient pu conférer, le 5 septembre 1760 ; les circonstances prévalant alors faisant en sorte qu'en fait, Murray avait la capacité pour conclure avec eux un traité".

Le second critère à respecter peut être qualifié de critère subjectif. Dans le cas d'espèce, est-ce que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que Murray possédait le pouvoir de conclure avec eux un traité ? Là encore, la réponse du juge est affirmative.

Dans le jugement de la Cour suprême du Canada, on ne retrouve cependant pas d'analyse, en tant que telle, de la capacité des Hurons de conclure un tel traité. Il semble bien qu'on n'ait tout simplement pas contesté cette capacité déjà reconnue par la décision rendue par le juge Desjardins de la Cour supérieure du Québec dans cette même affaire et que le juge Lamer n'a pas cru nécessaire de motiver plus avant sa décision à l'effet que les Hurons avaient, en 17600, la capacité de conclure un tel traité.

Il a cependant indiqué qu'une convention portant sur autre chose qu'un territoire peut être un traité au sens de la *Loi sur les Indiens* et que la Couronne peut choisir de créer, pour le bénéfice d'une tribu, des droits portant sur un territoire autre que son territoire traditionnel.

b) Quant à la nature juridique du document du 5 septembre 1760, le juge conclut qu'il s'agit bel et bien d'un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*. Après avoir considéré que son libellé laissait place à l'ambiguïté, le juge Lamer a alors eu recours à la preuve extrinsèque pour déterminer la nature juridique de ce document (1).

À l'aide de ces documents, le juge a pu analyser la réalité historique essentielle à la résolution du litige ainsi que les faits contemporains ou qui ont précédé ou suivi de peu la conclusion du document et qui sont pertinents à la question de savoir si un traité a bel et bien été conclu entre le général Murray et les Hurons.

Quant à la réalité historique, le juge conclut que tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec elles des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines.

Quant aux faits contemporains pertinents à l'analyse des divers éléments constitutifs nécessaires pour conclure à l'existence d'un traité, le juge Lamer en dégage la conclusion que les parties ont bel et bien conclu un traité, le 5 septembre 1760.

L'analyse de la conduite postérieure des parties n'a pas été jugée nécessaire par le juge Lamer pour conclure que le document est bel et bien un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, puisqu'il avait déjà tiré cette conclusion suite à son analyse du contexte historique général de l'époque et des faits ayant entouré de près le document. Le juge note au passage que la non-utilisation du document devant les tribunaux ou ailleurs, pendant

---

(1) Signalons au passage qu'après avoir justifié ce recours à la preuve extrinsèque par le caractère ambigü du document, le juge Lamer a formellement déclaré que tous les documents, auxquels il a fait référence dans son jugement, sont des documents historiques sur lesquels il est autorisé à se fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire, écartant ainsi tout problème d'admissibilité en preuve de ces documents, peu importe la façon dont ils ont été portés à son attention.

des décennies et même des siècles, n'a aucune conséquence sur l'existence ou non du traité ; cette non-utilisation pouvant s'expliquer par le respect des droits contenus dans le document ou par le simple oubli.

5. Voici, en second lieu, les motifs exprimés par le juge Lamer pour répondre affirmativement à la question de savoir si le traité conclu le 5 septembre 1760 produisait des effets juridiques le 29 mai 1982.

Ces motifs sont de deux ordres. Ils réfèrent, d'une part, au fait qu'on ne retrouve dans les documents ou dans les lois et règlements aucune déclaration expresse de l'extinction du traité en question et, d'autre part, au fait que, même en supposant que le traité puisse être éteint implicitement (2), le Procureur général du Québec n'a pas établi, par une preuve convaincante, que les droits protégés par le traité ont effectivement été éteints.

Au sujet des preuves que le Procureur général du Québec a présenté à la Cour, le juge Lamer souligne que les divers documents signés par les Français après leur défaite ne pouvaient pas éteindre un traité conclu préalablement par une nation indienne et les Britanniques. Entre autres, parce que les Français ne pouvaient plus prétendre représenter les Hurons qui, quelques jours auparavant, avaient abandonné leur alliance avec eux pour en contracter une nouvelle avec les Britanniques et parce qu'un traité constituant un accord solennel entre la Couronne britannique et les Indiens, son extinction ne peut survenir qu'avec le consentement de ces derniers.

Autre aspect intéressant de la décision de la Cour suprême dans cette affaire : le fait que le silence de la *Proclamation royale de 1763* au sujet du traité conclu avec les Hurons, ne peut être interprété comme entraînant son extinction. Le juge Lamer a, en effet, souligné, d'une part, que l'objectif de la *Proclamation royale de 1763* à l'égard des Indiens a été de fournir une solution aux problèmes d'appropriation de leurs terres à vil prix et, d'autre part, qu'en fait cette *Proclamation* a reconnu "des droits aux Indiens sans que cela n'entraîne nécessairement l'extinction de tout autre droit leur étant reconnu par la Couronne britannique en vertu d'un traité".

Enfin, le changement de vocation du territoire effectué par voies législatives n'entraîne pas non plus la conclusion de l'extinction des droits par ailleurs protégés par le traité, puisque l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise justement à protéger les Indiens de la législation provinciale qui chercherait à abroger de tels droits.

6. Voici, en troisième lieu, les motifs exprimés par le juge Lamer pour répondre affirmativement à la question de savoir si les termes du traité conclu le 5 septembre 1760 ont rendu inopérants les articles 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier.*

Disons-le dès le départ, le cheminement suivi par le juge Lamer pour répondre à cette question est, pour le moins, tortueux.

Le juge souligne, d'abord, que même si le traité existe, encore faut-il qu'il ait une portée territoriale à l'égard du Parc de la Jacques-Cartier, pour que les intimés puissent être immunisés de l'application du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier.* En conséquence, les intimés doivent démontrer que le traité leur garantit le droit d'exercer leurs coutumes et leurs rites religieux sur le territoire du Parc de la Jacques-Cartier.

Le juge indique que la façon d'interpréter le traité quant à sa portée territoriale consiste à rechercher l'intention des parties sur cette question au moment de la conclusion du traité. Selon les propos mêmes du juge Lamer :

> "Il faut interpréter généreusement le document mais il faut être réaliste et refléter l'intention des deux parties, et non seulement celle des Hurons".

La conclusion du juge sur cette question est que "Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce

(2) Il faut noter ici que la Cour n'entend exprimer aucune opinion à ce sujet. Autrement dit, on ne sait toujours pas s'il est possible qu'une loi puisse implicitement éteindre un droit, par ailleurs, protégé par un traité conclu avec les Indiens.

territoire". À cet égard, il souligne que la politique des Britanniques envers les Indiens comportait, certes, une attitude conciliatrice mais qu'elle reflétait également le désir de coloniser et d'utiliser les terres conquises au profit de la Couronne britannique. Compte tenu de ce contexte historique, le juge Lamer indique que Murray n'aurait pas pu accorder aux Hurons des droits absolus pouvant paralyser la Couronne dans l'utilisation de nouveaux territoires conquis. Quant aux Hurons, selon le juge Lamer, ils ne pouvaient s'attendre à ce que l'occupation du territoire par la Couronne britannique soit figée au niveau de celle effectuée en 1760.

L'intention commune des parties quant à la portée territoriale du traité étant interprétée par le juge Lamer comme visant, à la fois, à concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique, il y a donc lieu, ensuite, d'analyser l'occupation du territoire par la Couronne ainsi que la compatibilité ou non entre cette occupation et l'exercice par les Hurons des droits protégés par le traité.

Quant à l'occupation du territoire par la Couronne, le juge Lamer indique qu'il suffit que la province l'utilise, en occupe l'espace dans les faits, et qu'il n'est donc pas nécessaire d'analyser comment ou en vertu de quels principes elle a légiféré à cet égard. Soulignons que l'exigence imposée ici par le juge Lamer est des plus minimales. Autrement dit, même si la province a pu occuper illégalement un territoire sur lequel les Hurons auraient pu exercer leurs droits protégés par le traité, peu importe, un tribunal devra conclure à l'occupation, dans les faits, du territoire par la Couronne, sans discuter de son bien-fondé en droit. Cette prémisse est, à notre avis, des plus critiquables.

L'occupation du territoire de la Couronne une fois établie, en vertu de ce critère qui n'a rien de juridique, le juge Lamer nous indique qu'il faut alors se demander si le type d'occupation, auquel la Couronne a soumis le territoire concerné, est incompatible avec l'exercice des droits protégés par le traité.

La preuve à cet égard demeure cependant exigeante. En effet, le juge Lamer indique que parce qu'il s'agit d'envisager une restriction de l'exercice de droits protégés par un traité, "il appartient à la Couronne de prouver que l'occupation qu'elle fait du territoire ne peut s'accommoder de l'exercice raisonnable des droits des Hurons". Notons au passage qu'ici, le juge Lamer introduit un élément nouveau qu'il crée de toute pièce : "l'exercice *raisonnable* des droits protégés par le traité", et que l'on peut qualifier de clause limitative intégrée au traité lui-même. Il est évident qu'un tribunal pourra ensuite utiliser cette "clause limitative" afin de décider que l'occupation d'un territoire particulier ne peut s'accommoder de l'exercice des droits protégés par le traité parce que cet exercice, selon lui, n'est pas raisonnable.

Dans le cas d'espèce, le juge Lamer décide que la preuve présentée par la Couronne ne l'a pas convaincu que l'exercice par les intimés de leurs rites et coutumes, à savoir avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés, est incompatible avec l'occupation du territoire concerné par la Couronne. En effet, affirme-t-il, ce territoire est occupé par la Couronne de la façon suivante : il s'agit de terres détenues à l'avantage de la collectivité (puisqu'il s'agit d'un Parc provincial). Or, la propriété publique permet plusieurs types concomitants d'utilisation du territoire. Et, ici, les activités décrites ne compromettent pas sérieusement les desseins de la Couronne dans son occupation du Parc.

Le juge va même jusqu'à préciser quel genre de preuve aurait été nécessaire pour qu'il conclut à l'incompatibilité entre l'occupation du territoire par la Couronne et l'exercice des droits protégés par le traité :

> "Il faudrait que l'exercice des rites et des coutumes soit contraire non seulement à l'objectif que sous-tend l'occupation, mais aussi qu'il en empêche la réalisation".

Si, par hypothèse, les Hurons se rendaient chasser l'orignal dans le Parc de la Jacques-Cartier, là où il est, en tout temps, interdit de chasser l'orignal, il me semble bien qu'ils pourraient être déclarés immunisés de l'application du règlement ou de la loi concernée, tant et aussi longtemps, d'une part, qu'il s'agirait d'un exercice raisonnable de leurs droits et, d'autre part, que cette chasse, même si elle est contraire à l'objectif du Parc, n'en empêche pas la réalisation.

DROITS DES MINORITÉS ET PLURALISME JURIDIQUE

à la mémoire de Félix Guattari

Par

Gérard SOULIER
Université d'Amiens

La notion de minorité et celle de pluralisme juridique semblent liées par un rapport d'implication réciproque. L'existence du phénomène des minorités tombe empiriquement sous le sens (sous les sens) ; les "minorités" constituent une expression du pluralisme social, elles ne peuvent donc être ignorées ni par la politique ni par le droit. Réciproquement, se référer au *pluralisme*, de manière générale, implique la reconnaissance de la diversité sociale, c'est-à-dire l'existence de sous-ensembles de dimension et de nature variable (en somme : des minorités) au sein d'une totalité juridico-politique ; se référer au pluralisme *juridique* devrait logiquement conduire à considérer les minorités comme des entités juridiques et, à ce titre, titulaires de droits. On ne peut donc penser le droit des minorités sans invoquer le pluralisme juridique.

Cependant, au-delà de cette généralité, il n'est pas certain que l'on puisse tenir un discours parfaitement homogène sur ce thème. L'incertitude s'alourdit au regard de l'état du monde. Bien entendu, il est toujours possible de dessiner des schémas cohérents en restant dans l'ordre pur et abstrait des concepts et des systèmes, autrement dit en décontextualisant la réflexion et en choisissant des exemples appropriés pour justifier quelque thèse. Mais comment faire abstraction des bouleversements survenus depuis peu dans le monde et des déchirements qu'ils ont provoqués ? Comment saisir la tragédie yougoslave ? Comment éviter de s'interroger sur le sens ou l'intérêt de nos réflexions, sous l'angle du droit, et sur la possibilité même de cette réflexion dans un univers imprévisible ? Nous ne pouvons qu'être désorientés : d'un côté, l'urgence avec laquelle il paraît nécessaire de penser les processus en cours et de l'autre, l'impossibilité de le faire sérieusement ou solidement en raison de la vitesse des évolutions et de notre absence de recul. L'impuissance des politiques à maîtriser l'entropie galopante qui secoue l'Europe est fondée, au premier chef, sur l'impossibilité d'en saisir pleinement la signification et la portée.

Ainsi, nul ne sait jusqu'où peut conduire le nouveau déferlement des nationalismes sur ce continent où l'on compte quelque deux cents ethnies (1) réparties entre une trentaine d'États (selon la carte politique de l'Europe après la

(1) Cf. J. Cuisenier, *Ethnologie de l'Europe*, PUF, Que sais-je ?, n° 2564, 1990.

Seconde Guerre mondiale). Au sein des douze États membres de la Communauté, le *Bureau européen pour les langues les moins répandues* a reconnu une trentaine de langues localement utilisées (2). La violence des confrontations ethniques en Europe orientale, tout particulièrement entre "Slaves du sud", ne doit pas laisser dans l'ombre des tensions, susceptibles de s'aggraver dans plusieurs pays d'Europe occidentale notamment en Belgique (Flamands et Wallons), en Suisse (Alémaniques et Romans), en Espagne (problème basque et problème catalan), en Italie (Ligue lombarde), au Royaume-Uni (tentation indépendantiste de l'Écosse et surtout, question de l'Irlande du Nord (3)).

Les catégories et les concepts, l'attirail juridique que nous utilisons habituellement, déjà incertains, approximatifs, ont-ils une quelconque valeur intellectuelle (on n'ose dire "scientifique" (4)) et opératoire dans un tel contexte ? La difficulté s'accroît si l'on envisage non seulement les minorités ethniques mais toutes les sortes de minorités. L'infinie variété des situations minoritaires apparaît comme un défi à toute systématisation théorique.

La difficulté, voire l'impossibilité, de formuler une théorie d'ensemble adéquate à la question des minorités et de leurs droits, conduit ainsi à s'interroger, en premier lieu, sur cette impossibilité même. Pourquoi semble-t-il impossible de saisir ce problème, d'une manière un tant soit peu satisfaisante, sur le plan du droit (qu'il s'agisse du droit positif, de la théorie du droit ou de la langue du droit) ? Ce type d'interrogation porter, si l'on veut employer de grands mots, sur ce que Bachelard a appelé des "obstacles épistémologiques".

La réflexion peut s'organiser à partir de la question suivante : Comment saisir, dans la langue commune et dans la langue du droit, les minorités ? Cette question de langage conditionne en effet l'identification et la reconnaissance des minorités. Pour différentes raisons, la langue du droit achoppe sur la définition de la notion même de minorité. Une nouvelle interrogation surgit aussitôt : dans la mesure où les minorités seraient indéfinissables en termes génériques, n'y aurait-il pas là une raison profonde à l'indétermination du droit ? Comment concevoir en effet, de manière satisfaisante, le régime, le statut, les prérogatives de sujets de droits potentiels indéfinissables ? La difficulté de saisir, juridiquement, le fait minoritaire et d'identifier chaque minorité comme un ensemble, ne signifie cependant pas l'absence de droit pour les minorités, surtout si l'on veut bien admettre une conception dynamique de l'idée de pluralisme juridique.

I - SUR LA NOTION DE MINORITÉ

La recherche d'une définition générale de la notion de minorité expose, de manière exemplaire, à deux obstacles épistémologiques majeurs constitués, selon Bachelard, par deux tendances contraires : l'attrait de l'universel, l'attrait du singulier. "Au niveau de la conceptualisation, dit-il, nous définirons ces deux tendances comme caractéristiques d'une connaissance en compréhension et d'une connaissance en extension". Dans les deux cas, il y a arrêt épistémologique, "blocage de la pensée

(2) Cf. H. Boyer, *Éléments de socio-linguistique*, Dunod, 1991, tableau de ces langues minoritaires, p. 110. Le Portugal est le seul État membre totalement homogène sur le plan linguistique.

(3) La situation irlandaise n'est pas seulement dramatique, elle est également absurde : Grande-Bretagne et Irlande sont des pays amis au sein de la Communauté européenne, laquelle s'est d'ailleurs engagée, dans le Traité de Maastricht, à instituer une citoyenneté commune. Cependant, la frontière qui coupe l'Irlande de sa partie nord rappelle les frontières militarisées qui séparaient l'Ouest et l'Est européen au temps des régimes communistes.

(4) Cf. Cl. Lévi-Strauss, Entretien publié dans *Le Monde*, 8 octobre 1991. "Les sciences humaines ne sont des sciences que par une flatteuse imposture". Georges Duby s'est déclaré d'accord avec cette formule dans un entretien publié dans *Le Monde* du 26 janvier 1993.

empirique inventive". Or, aucun type de minorité (de ce que l'on convient de désigner sous ce nom) n'est généralisable ; inversement, on peut considérer que l'extension prise dans la pratique par le terme de minorité aboutit à ce que Bachelard appelle "une collection qui réunirait les phénomènes les plus hétéroclites, qui s'étendrait, d'une manière contingente, à des cas nouveaux" (5). La difficulté de saisir le phénomène minoritaire se ressent aussi bien dans l'analyse de la langue commune que dans celle de la langue du droit.

A - LES MINORITÉS DANS LE LANGAGE COMMUN

Dans la pratique langagière commune, le terme de minorité a fait l'objet d'une extension croissante au cours du XXème siècle, en incluant les situations les plus hétérogènes. Elle ne permet pas de dégager une notion de la minorité mais seulement de hasarder un interminable inventaire sans principe : les Inuit ou les Aborigènes, les Tziganes, les Corses, les Serbes et les Croates, les Serbes parmi les Croates et les Croates parmi les Serbes, les musulmans parmi les chrétiens et les chrétiens parmi les musulmans, les intégristes au sein des différentes religions, les incroyants parmi les croyants, les blancs en Afrique du Sud et les noirs en Afrique du sud mais aussi, pour accroître le désordre, les femmes -envisagées sous l'angle de la situation qui leur est généralement faite-, le R.P.R., les radicaux de gauche, les homosexuels, les personnes handicapées, les étrangers et immigrés (bien loin de constituer une catégorie homogène), toutes sortes de déviants ou de marginaux, et même les détenteurs de telle carte de crédit régulièrement abreuvés de sollicitations publicitaires vantant les charmes d'objets "réservés à une minorité", sans compter la possibilité, pour nombre d'individus, de relever de plusieurs minorités : on peut être breton, radical de gauche et homosexuel. Impensable catalogue dans lequel Prévert ne retrouverait pas son raton-laveur. On pourrait alors d'abandonner à la facilité d'un énoncé de type gauchiste : "nous sommes tous des minoritaires". Ce genre de formule contient sans doute son grain de vérité mais il s'agit surtout d'une manière d'éluder toute analyse un tant soit peu exigeante.

Ainsi les minorités sont-elles innombrables, variées et, si l'on tentait de les classer, il faudrait tenir compte de leur objet, de leur projet, de leur taille, de leur cohérence, de leur persistance, de leur ancienneté, de leur territorialisation, de leur degré de conscience collective, de leur mode d'expression, de leur langage, de leur intensité, de la société globale dans laquelle elles vivent et des relations qu'elles entretiennent avec les autres groupes. Comment enfermer tant de variables dans une formule ?

À considérer une telle hétérogénéité, il apparaît difficile de dégager un noyau sémique suffisamment consistant pour rendre compte, d'une manière générale, du fait minoritaire. Si l'on consulte les dictionnaires, deux traits principaux se dégagent, sans nécessairement se cumuler : appliqué à une personne, le terme minorité dénote une infériorité (6) ; le mineur ne dispose pas de la plénitude des droits reconnus aux personnes dans une société donnée. Appliqué à un groupe, le mot a d'abord une portée statistique : la minorité est moins nombreuse que la majorité : mais cette situation n'est pas sans conséquences. L'univers politique est l'exemple même où la situation de minorité numérique entraîne une condition d'infériorité juridique et politique.

Ce trait d'infériorité est important et il est généralement perçu, de manière intuitive, comme distinctif de la situation de minorité. Est-il absolument général ? On peut certainement laisser de côté les "minorités privilégiées" de l'*American express* ;

(5) G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, p. 60-61.
(6) Mineur est issu du latin *minor* qui signifie moindre.

il s'agit, en ce cas, d'un retournement antiphrastique destiné à flatter le sentiment de supériorité d'une "élite" essentiellement considérée sous l'angle de sa capacité à consommer davantage que la masse. Mais on peut concevoir cette minorité d'élection d'une manière moins triviale : Ortega y Gasset, par exemple, expliquait, dans les années trente, la décadence espagnole par "l'absence de minorités choisies capables d'assurer son unité" ; il précisait : "Le grand malheur de l'histoire espagnole a été le manque de minorités insignes et l'empire imperturbable des masses" (7).

Plus largement, on peut évoquer la notion de *minorité active* telle qu'elle est analysée par Serge Moscovici (8). L'approche est d'autant plus intéressante que cette notion de minorité active est rattachée, en appendice de l'ouvrage, à une psychologie de la résistance et de la dissidence (Moscovici se réfère à Soljenitsyne). Il s'agit bien de minorités, celles-ci trouvant, le cas échéant, dans l'oppression qu'elles subissent, la source d'une énergie qui peut les métamorphoser en agents de transformation ou d'innovation sociale. Dans un langage fortement particularisé, l'œuvre de Félix Guattari donne une place de premier plan au thème des minorités, suivant, à travers de multiples territoires existentiels, leur processus de subjectivation diversifié, mobile, contradictoire, fuyant, dans un mouvement perpétuel de décomposition-recomposition, en utilisant notamment la notion de groupe-sujet par opposition à celle de groupe assujetti (9). On le voit, le mot de "minorité" recouvre des situations profondément hétérogènes, parfois même, diamétralement opposées.

Il faut nécessairement prendre acte de ces exemples dans lesquels le mot minorité est utilisé dans un sens positif. Faut-il s'arrêter pour autant à l'ambiguïté du langage résultant de ces emplois contradictoires ? L'ambiguïté peut être levée, dans une large mesure, dès lors qu'on se replace dans le contexte social. La notion de "droit des minorités" ou celle de "protection des minorités" ne peuvent se concevoir qu'en faveur de minorités assujetties sinon opprimées, non au bénéfice des minorités dominantes ou des oligarchies gouvernantes. Ainsi, le trait d'infériorité, comme distinctif des situations minoritaires, peut être conservé dans la mesure où c'est lui qui suggère un dispositif juridique de reconnaissance et de protection.

Ces considérations d'ordre linguistique, on le voit, sont bien loin d'être étrangères au droit. Deux enseignements peuvent en être retirés : d'une part, la pauvreté en compréhension du terme (ou, si l'on veut, son contenu sémantique pauvre) explique sans doute en partie (il y a d'autres raisons) l'insuffisance ou les limites de la protection juridique ; d'autre part, l'idée de "protection des minorités" se fonde sur la reconnaissance d'une situation d'infériorité ; dès lors, si elle représente une honorable préoccupation, elle a pour inconvénient d'entretenir, implicitement, la "mineurité" des minorités. Le droit peut-il éviter cette autre ambiguïté ?

B - LES MINORITÉS DANS LA LANGUE JURIDIQUE

Groupe plus ou moins nettement délimité au sein de la totalité juridico-politique constituée par l'État, la minorité est assujettie, d'une manière plus ou

(7) Ortega y Gasset, *La révolte des masses*, 1930.
(8) S. Moscovici, *Psychologie des minorités actives*, PUF, 1979.
(9) Félix Guattari, *La révolution moléculaire*, éd. Recherches, 1977, rééd. 10/18, 1980. Le thème des minorités est évoqué dans la plupart de ses ouvrages, sous les aspects les plus divers, y compris celui de la production artistique.
Sur la question de la langue, spécialement de la langue littéraire, cf. G. Deleuze et F. Guattari, *Kafka - Pour une littérature mineure*, Éd. de Minuit, 1975. L'allemand de Prague n'est pas l'allemand de Goethe ; c'est la langue, plus fruste, d'une population allemande minoritaire, et c'est la langue obligée pour les juifs qui, à la fois, font partie de cette minorité et en sont exclus, comme "des Tziganes ayant volé l'enfant allemand au berceau" dit Kafka lequel, ne pouvant pas ne pas écrire, choisira d'écrire dans cette langue, mais "sur un autre ton" pourrait-on dire, *en mineur*. Joyce et Beckett ont été, eux aussi, "dans les conditions géniales d'une littérature mineure" (pp. 29-35).

moins rigoureuse, aux règles de la majorité dominante, en corps et dans chacun de ses membres. Pour rendre compte de la situation générale des minorités par une formule d'ensemble, on pourrait dire que la minorité apparaît comme *un sous-ensemble d'hommes généralement considéré comme un ensemble de sous-hommes.*

Ainsi qu'on le voit, le problème de la minorité inclut le problème de l'individu minoritaire mais ces deux aspects ne coïncident pas : on peut satisfaire, dans une certaine mesure, les droits du minoritaire sans pour autant consacrer les droits de la minorité. En fait, aucun système de droit moderne, tel qu'il s'est développé dans le cadre de l'État-nation, ne peut donner de réponse satisfaisante aux questions contradictoires posées par les différents phénomènes minoritaires. L'histoire du XXème siècle n'a cessé d'apporter la démonstration de l'antagonisme violent, insurmontable, entre la logique de l'État-Nation et l'existence de minorités nationales (10). En ce qui concerne les autres formes de minorités, la confrontation avec l'État n'a pas la même violence (le fait qu'elle a plus rarement une incidence internationale en est l'une des raisons) mais les contradictions n'en sont pas moins fortes au point de paraître, elles aussi, insurmontables dans bien des cas.

Le système de l'État-nation, tel qu'il a été conçu en Europe, à partir de la Révolution française, exclut toute reconnaissance des minorités. La Révolution française avait proclamé, d'une part, les droits de l'homme, d'autre part le droit des peuples, entendu comme droit de toute "nation" à former un État mais, entre "le monstre froid" et "l'avorton sublime" (pour emprunter à Nietzsche), il n'y a, idéalement, rien. Les grands dictionnaires du XIXème siècle témoignent de ce vide dans le vocabulaire juridique et politique : ils ne font état que de la minorité légale des individus et de la minorité parlementaire et l'on ne trouve nulle part la moindre évocation des minorités nationales ou de toute autre espèce de minorité sociale (11). L'expression "minorité nationale" fait son apparition dans le *Larousse mensuel* de 1908 et l'expression "minorité ethnique" entre dans le *Larousse du XXème siècle* en 1931. En fait, ce n'est qu'après la Première Guerre mondiale et la signature de traités concernant les minorités que ces expressions entrent véritablement dans le langage juridique.

Ce "vide linguistique" correspond au point aveugle du système de l'État-nation. Le mouvement des nationalités, dans l'Europe du XIXème siècle, ne pose à aucun moment le problème des minorités. La seule question qui trouble le processus d'identification nation-État est celui des provinces irrédentes ("non rendues, non délivrées") revendiquées par l'Italie au nom, précisément, de la volonté de faire coïncider la nation et l'État. La constitution fédérale de la Suisse de 1848 (révisée notamment en 1874) évite soigneusement de prendre en compte directement le caractère multinational de l'ensemble : elle se réfère à la "Nation suisse" et à son "unité" (préambule) et aux "peuples des cantons" (art. 1°) ; ce n'est que très furtivement, au titre des "Dispositions diverses", qu'elle nomme les quatre "langues nationales" et les trois "langues officielles". Le qualificatif de "national" a une portée purement objective ; il ne vise que le problème de la langue et il n'implique en aucune façon la reconnaissance politique des nationalités (12).

(10) L'identification de l'État à une nation engendre les mêmes pulsions éliminatrices que l'identification de l'État à une religion. Ce phénomène a été largement illustré par l'histoire de l'Europe au temps des guerres de religion et il l'est encore dans diverses régions du monde contemporain.

(11) Vérification faite dans le *Dictionnaire de l'Académie* (1835), *Littre* (1863), *Bescherelle* (1871), *Nouveau Larousse Illustré* (1892), *Larive & Fleury* (1911).

(12) Le système suisse, niveau de vie aidant, n'en a pas moins réussi à assurer une cohabitation paisible entre les différentes "nationalités". Toutefois, le référendum du 6 décembre 1992 concernant la ratification de l'accord E.E.E. a fait apparaître une coupure préoccupante entre les cantons romans, tous favorables, et les cantons alémaniques tous hostiles à l'exception des deux cantons de Bâle.

La contradiction paraît insurmontable. Une minorité nationale ne peut renoncer à l'expression politique ; de son côté, l'État ne peut admettre qu'une minorité poursuivie en son sein un projet politique propre. L'idée même de minorité -autre que parlementaire- dérange la géométrie de l'État et de son droit ; surtout, l'idée de minorité nationale est *littéralement* inconciliable avec celle d'État-nation. La preuve en est que le mot minorité continue de faire l'objet d'un véritable tabou dans la langue juridique étatique (le droit français en est un exemple). Comment dès lors concevoir, juridiquement, la reconnaissance, le respect, la protection des minorités que le système global du droit ne peut véritablement prendre en compte ?

II - SUR LE(S) DROIT(S) DES MINORITÉS

La contradiction minorité nationale/État national et la primauté de celui-ci dans la détermination du droit excluent a priori qu'une solution satisfaisante pour les minorités puisse être obtenue sous la forme d'un statut, avec la rigidité qu'implique cette notion. En outre, la logique d'unification et d'uniformisation de l'État (considéré comme forme juridico-politique, indépendamment de la composition ethnique de la population qu'il englobe) est par elle-même antagonique de la recherche de singularisation des différentes minorités. De là l'intérêt du pluralisme juridique dont les potentialités ne se limitent pas à la simple reconnaissance du fait social minoritaire et à l'énoncé de quelques règles définissant les droits des minorités et de leurs membres.

A - LES LIMITES D'UNE PROTECTION STATUTAIRE

La définition des droits des minorités et l'organisation de leur protection se pose à la fois sur le plan international et sur le plan national. À la charnière des deux univers juridiques, l'État-nation fait obstacle à l'organisation d'une protection internationale au nom de sa souveraineté et refuse en principe d'organiser des statuts particuliers dans l'ordre interne au nom de l'unité nationale et de l'égalité des citoyens.

1 - Ce n'est qu'à l'issue de la Première Guerre mondiale que le problème des minorités nationales a été envisagé de manière officielle, sur le plan international. Sous l'influence de Wilson, le principe des nationalités a constitué la base idéologique des traités de paix de 1991. Le président américain était convaincu que la guerre n'avait d'autre cause que le mépris de ce principe et qu'il suffisait de le consacrer, en érigeant chaque nation en État, pour que règne la paix. Cet idéalisme (13), empreint de simplisme et de naïveté, achoppait inévitablement sur des réalités européennes que Wilson ignorait à peu près totalement (14). L'application du principe était physiquement impossible en Europe centrale et orientale compte tenu des entremêlements inextricables de nombreuses nationalités en Europe centrale. L'accroissement du nombre des États en 1919, bien loin d'établir la paix entre les nations n'a fait que multiplier les frustrations et attiser les antagonismes. Dans certains États nouvellement créés (la Tchécoslovaquie), restaurés (la Pologne) ou remodelés (la Roumanie) près d'un tiers de la population était constitué par diverses

(13) Cf. le jugement de Clemenceau sur Wilson : "Le regard perdu dans l'abîme des âges, il s'élance d'un magnifique essor, par-delà le temps et l'espace pour planer dans le vide au-dessus des choses qui ont l'infériorité d'être". Cité par J.-B. Duroselle, *L'idée d'Europe dans l'histoire*, Denoël, 1965, p. 266.
(14) Wilson ignorait par exemple que l'Italie et l'Autriche avaient une frontière commune et il fit attribuer la partie du Tyrol située au sud du Brenner, à l'Italie alors qu'il était essentiellement peuplé d'Autrichiens.

minorités tenues en suspicion par l'État sur le territoire duquel elles se trouvaient tandis qu'elles étaient généralement considérées comme des communautés irrédentes par les États voisins. La langue politique allemande devait évoquer, à la suite des traités, la déchirure entre les *Reichsdeutsche* (Allemands du Reich) et les *Volksdeutsche* (Allemands de nationalité). C'est au nom du principe des nationalités qu'Hitler formula ses exigences et entraîna l'Europe dans un nouvel affrontement général.

C'est donc la mise en œuvre du principe des nationalités par les traités de 1919 qui a démontré son inapplicabilité pratique et a finalement contraint les puissances victorieuses à reconnaître ce que le système de l'État-nation refuse dans son principe : l'existence de minorités. Cinq traités spéciaux consacrés aux "minorités nationales" furent en effet adoptés. Mais la portée de cette reconnaissance était très limitée. Les droits reconnus en faveur de ces minorités consacraient seulement quelques libertés individuelles et collectives (concernant en particulier l'usage de la langue), à l'exclusion de tout droit de nature politique, de toute forme de représentation propre dans le système politique (15). Ces minorités étaient dès lors vouées à subir "la tyrannie du national" (16) exercée par la nation dominante, seule politiquement légitime dans le système d'identification nation-État. Si les XIXème siècle, en Europe, a été marqué par le mouvement des nationalités, les XXème siècle restera comme celui des nationalismes (17).

Le résultat désastreux des traités de paix de 1919 explique pour une part que la Charte des Nations Unies ait renoncé à établir un système international de protection des minorités. Elle ne se réfère qu'aux droits de l'homme et, d'une manière générale, le droit international contemporain s'en tient à cette position prudente (mais certes non négligeable) consistant à protéger, à travers les droits de l'homme, non les minorités mais les minoritaires. Les différents projets à l'étude sur le plan international ne sont pas dénués d'importance mais ils achoppent interminablement sur la question de savoir si ce sont très précisément aux membres des minorités ou aux minorités elles-mêmes qu'il faut attribuer des droits. Un exemple en est fourni par les débats, au sein des Nations Unies, sur le projet de déclaration concernant les "Droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques", sur la base d'un projet déposé en 1980... par la Yougoslavie (18). Dans l'état actuel du projet, les mesures de protection doivent être l'objet d'une politique nationale ; autrement dit, ce sont les États eux-mêmes qui sont chargés d'assurer l'effectivité de la protection de minorités lesquelles, justement, réclament contre l'ordre qu'ils instituent. Il faut prendre acte de cette insurmontable contradiction et enregistrer dans le même temps la forme de réalisme d'une telle attitude si l'on songe qu'aucune grande puissance ou aucune puissance qui se croit

(15) Cf. Groupement pour les droit des minorités, *Les minorités à l'âge de l'État-nation*, Fayard, 1985 ; A. Fenet et G. Soulier (Dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, 1989.
(16) G. Noirel, *La tyrannie du national*, Calmann-Lévy, 1991. L'ouvrage porte plus particulièrement sur l'une des conséquences de l'identification de l'État à une nation : l'immense flot des réfugiés fuyant, dans l'entre-deux guerres, les persécutions fondées sur leur non-appartenance à la nation-État. On sait d'autre part que des transferts de populations ont arraché des millions de personnes de leur foyer, de leur terre, en un mot, des lieux qu'ils considéraient jusqu'alors comme leur patrie.
Il est vrai que ces mesures brutales ont sans doute évité, dans certains cas, la solution plus radicale et définitive du génocide, inaugurée, dans l'univers européen, par la politique du gouvernement "Jeune turc", en 1915, visant à éliminer tous les Arméniens de Turquie.
(17) Le mouvement des nationalités, au XIXème siècle, était généralement associé à un idéal de solidarité et de fraternité entre les peuples (Cf. par exemple, l'action de Mazzini, animant, dans le même temps, les mouvements "Jeune Italie" et "Jeune Europe") tandis que le nationalisme, au XXème siècle, sera fondamentalement agressif et xénophobe.
(18) Cf. A. Fenet, "Le projet de déclaration des Nations-Unies sur les droits des minorités" in *Actualité de la question nationale*, CRISPA-PUF, 1980, p. 189-201.

grande, n'acceptera un "droit d'ingérence" en cette matière (19). Il n'en demeure pas moins que la protection internationale des minorités ne va guère au-delà de proclamations de principes et de quelques recommandations adressées aux États afin qu'ils traitent leurs minorités avec de meilleures manières.

2 - Nous sommes renvoyés, dans ces conditions, au droit interne. Dans quelle mesure l'ordre juridique de l'État peut-il admettre sinon un droit des minorités du moins des droits pour les minorités ? L'exemple français, avec sa tradition centraliste et unificatrice, montre bien les possibilités offertes par un système de droit qui reconnaît à tous des droits identiques en les garantissant par des mécanismes de protection (notamment judiciaires) mais aussi ses limites dans la mesure où il affecte d'ignorer les minorités en tant que telles. De là des contradictions, des incohérences qui résultent de ce que l'État, finalement, est obligé de prendre certaines mesures imposées par le fait pluraliste malgré son refus de le reconnaître de manière expresse au nom des principes d'unité et d'égalité qu'il entend incarner. La rigueur de principes exclut la reconnaissance des différences mais le refus de prendre en compte les différences détruit l'égalité. Ainsi, au nom de l'égale liberté dans la pratique religieuse, l'État français a été conduit, par exemple, à réglementer l'abattage rituel des animaux tel qu'il est prescrit, en particulier, par la religion juive, ou encore, à instituer des aumôneries dans les établissements fermés tels que pensionnats, casernes, prisons, la désignation des aumôniers imposant une concertation entre l'État et les autorités des différentes confessions religieuses. Comme l'écrit D. Lochak, "le refus de principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences qui sont désormais non seulement tolérées mais reconnues, voire institutionnalisées" (20).

D'une manière générale, la mise en œuvre du principe d'égalité sous la forme du principe de non-discrimination a conduit à prendre en considération des situations minoritaires concrètes (discrimination raciale par exemple) et ainsi, de manière indirecte, à les reconnaître ; on en est venu même à corriger les conséquences inégalitaires d'une application aveugle du principe d'égalité par des mesures de "discrimination positive" tels que les emplois réservés en faveur de certaines catégories telles que les personnes handicapées. C'est au nom d'une égalité mieux pensée que l'on peut en effet justifier ces formes d'inégalités compensatoires. C'est dire que ce n'est pas le principe d'égalité, considéré en lui-même, qui est en cause, mais une certaine manière de le concevoir, tellement abstraite qu'elle méconnaît le fait concret des inégalités de toute nature, dont les situations minoritaires.

Par ailleurs, l'État a été conduit à écorner quelque peu la symétrie de son architecture pour tenir compte de certaines situations locales fortement particularisées. Le statut des D.O.M. et des T.O.M., celui de la Nouvelle Calédonie, celui de la Corse ont introduit des différenciations qui rompent l'ordonnancement uniforme que l'interprétation classique et formaliste du principe d'unité et d'indivisibilité de la République tendait à imposer. Cela ne s'est pas réalisé sans contradictions dans l'attitude du législateur français ni, surtout, dans celle de son censeur, le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 2 décembre 1982, celui-ci n'a pas accepté l'adaptation de la loi de décentralisation envisagée par le législateur

(19) Les traités spéciaux concernant les minorités, adoptés à l'issue de la Première Guerre mondiale, ne visaient que des pays d'Europe centrale et orientale. Les puissances occidentales refusaient de reconnaître l'existence de minorités en leur sein et rejetaient toute forme de protection internationale générale susceptible d'aboutir à une ingérence qu'elles considéraient comme attentatoire à leur souveraineté.

(20) D. Lochak, "Les minorités et le droit public français - Du refus des différences à la gestion des différences" *in* A. Fenet et G. Soulier, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, *op. cit.*, p. 111-184.

pour les départements d'outre-mer et donc, a refusé de prendre en compte leur singularité. Mais il devait admettre, le 8 août 1985, une réforme du statut de la Nouvelle Calédonie assorti d'un découpage électoral qui, de fait, tenait compte de la composition ethnique des circonscriptions. Mais la décision ne le dit pas expressément ; elle se dérobe derrière de prudents "impératifs d'ordre général". Le 9 mai 1991, le Conseil validait le statut particulier de la Corse, mais il refusait la notion de "peuple corse" considérant qu'elle était contraire à l'unicité constitutionnelle du peuple français. A-t-on voulu sauver la face en se tenant à l'apparence du mot ? "Les mots n'ont pas de sens, ils n'ont que des emplois" affirment les linguistes. Aussi l'interprétation d'un énoncé est-elle tributaire du contexte de l'énonciation : le mot peuple (corse) n'a pas le même sens dans le texte de loi en cause que le mot peuple (français) dans le texte constitutionnel. Cette méconnaissance de la polysémie des mots et du contexte de l'énonciation (21) donne à la jurisprudence du Conseil constitutionnel une rigidité dogmatique cassante. Elle accentue l'extériorité du droit par rapport à la réalité sociale au lieu de s'efforcer de l'encadrer d'une manière souple.

L'attitude du Conseil constitutionnel, quoique parée de l'autorité impartiale du droit, n'en a pas moins une forte portée politique et il est regrettable, à cet égard, qu'on n'ait pas songé à l'effet, sans doute apaisant, qu'aurait pu avoir, sans autre conséquence que sur le plan symbolique, la reconnaissance du "peuple corse" sur le plan existentiel. Cette question de la *reconnaissance*, symbolique dans l'ordre du discours comme dans celui du droit, est souvent au premier rang de la revendication des minorités. En d'autres termes, leur demande porte d'abord sur la reconnaissance de leur *être*, soit encore, de leur dignité, indépendamment de la consécration de prérogatives juridiques précises.

Mais on peut comprendre, d'autre part, la crainte éprouvée par les juges constitutionnels. La cristallisation, dans un statut défini par une loi formelle, d'une situation particulière comme celle de la Corse (fortement singularisée par la géographie et la culture) ne risquait-elle pas d'être perçue comme un précédent pouvant être invoqué à tout propos, dans des hypothèses beaucoup moins bien caractérisées ? Une balkanisation sans fin du corps social peut en effet compromettre les principes d'unité et d'égalité qui certes, sont loin d'être dénués d'intérêt pour les minorités elles-mêmes. Consacrer toute différence par un statut peut aboutir en effet à la consécration d'inégalités susceptibles de renforcer celles qui, précisément, affligent les minorités. Le jeu égalité-différence ouvre ainsi sur deux impasses si l'on s'en tient à un formalisme rigide.

C'est à ce point que la référence au pluralisme juridique peut ouvrir des perspectives d'autant plus intéressantes que le pluralisme social tend à s'accroître et à se diversifier dans les sociétés contemporaines.

B - LES POTENTIALITÉS DU PLURALISME JURIDIQUE

Une certaine protection des minorités est envisageable à condition d'un renoncement à trois obsessions : celle de la norme, celle du judiciaire, celle de la géométrie qu'on l'entende sous la forme d'une harmonie pyramidale ou d'une méticuleuse symétrie. On ne peut penser le droit comme Le Nôtre concevait les jardins. On peut moins encore s'en remettre à quelque "main invisible".

---

(21) On peut opposer à cette interprétation étroite l'exemple de la constitution helvétique, cité plus haut, qui se réfère à la fois à *la nation* suisse, dont elle affirme l'unité (par-delà la structure fédérale de l'État), et à sa diversité en consacrant *les* langues *nationales*.
On notera par ailleurs que les mots État, nation, souveraineté ont plusieurs significations suivant l'emploi qu'on en fait dans l'ordre international et dans l'ordre interne.

Entre deux extrêmes, celui que représente un système fondé sur un pragmatisme aléatoire et sans principe (sinon celui du "marché" dans une "société sans État" ou à "État minimal"), qui permet toujours aux plus forts, aux plus habiles, bien souvent aux moins scrupuleux, de faire prévaloir leurs intérêts, et cet autre système, établi sur des principes généraux et abstraits, superbement indifférents à l'hétérogénéité et à la complexité de l'univers social, et dont la rigidité fait obstacle à l'invention de solutions pratiques adaptées à la singularité des diverses situations, il faut trouver des accommodements, sachant bien que les solutions ne peuvent être apportées que de manière approchée, provisoire, au prix de négociations et de concessions réciproques. C'est donc dans le cadre de principes généraux définissant les limites indépassables du programme normatif qu'il faut imaginer plutôt que des règles de fond, des procédures qui permettent le jeu d'un certain "laisser faire".

1 - Les principes généraux sont en réalité d'ordre métajuridique plutôt que juridique, au sens positif de ce terme. Ils représentent les règles des règles, les règles abstraites sur la base desquelles sont énoncées les règles concrètes de la même façon que l'on énonce une phrase correcte en suivant les règles du métalangage. Les principes sont la grammaire du droit. Par exemple, le principe d'égalité n'a pas de consistance juridique ni sociale immédiate. Ce sont les inégalités qui sont socialement visibles et si l'égalité est bien un principe métajuridique (en même temps qu'un idéal de la société qui le proclame), les règles du droit positif devraient avoir pour objet principal de corriger les inégalités.

Suivant cette conception, les principes généraux du droit devraient inclure la reconnaissance du pluralisme comme fait social fondamental. La consécration du pluralisme implique la reconnaissance des phénomènes de minorité mais ne faudrait-il pas faire un pas de plus et s'affranchir des tabous dépassés de l'État-nation en inscrivant, dans les principes, *le mot* de minorité, sans autre précision ni qualification, et en reconnaissant leur existence et leur droit de s'exprimer de la même façon qu'est reconnu le sujet individuel et proclamée la liberté et l'égalité juridique des personnes ? À ce niveau de généralité, cette reconnaissance a une portée purement symbolique mais elle est, au sens fort du terme, primordiale. Chacun sait qu'à l'ombre du principe d'égalité profilèrent les inégalités mais qui oserait proposer la suppression du principe sous prétexte que la réalité sociale témoigne plutôt des inégalités ? Ainsi, de même que la consécration du principe d'égalité ne fonde pas elle-même l'égalité, ne supprime pas les inégalités, mais consacre, pour chacun, la même qualité de sujet de droit et la possibilité de s'en prévaloir, la reconnaissance de la diversité sociale et du phénomène de minorité ne confère pas de droits immédiatement opératoires mais elle reconnaît le droit d'être, le droit de s'affirmer comme groupe-sujet. Sur la base de ce principe s'articule l'exercice des droits concrets juridiquement consacrés, plus ou moins organisés et surtout, protégés : droit de s'exprimer, de se réunir, de s'associer, de réclamer, de négocier.

Cette reconnaissance du phénomène minoritaire, au plus haut niveau de généralité permet de relativiser la portée de textes qui ont tenté de formuler non point un droit des minorités mais le droit de certaines minorités plus ou moins clairement définies. L'embarras ressenti à la lecture de ces textes tient notamment au fait qu'ils prétendent à la généralité alors qu'ils s'attachent à des situations marquées (minorités *nationales*, minorités *ethniques, linguistiques, religieuses* par exemple) et qu'ils les appréhendent dans des termes trop approximatifs. Ils semblent ainsi présenter le double inconvénient d'apparaître comme des textes trop précis pour avoir une portée générale et trop imprécis pour satisfaire aux situations qu'ils envisagent. Tel est le

cas, en particulier, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (22). L'un des intérêts du Pacte est cependant d'évoquer expressément *le groupe* et la vie du groupe. En revanche, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* n'envisage que les droits du membre de la minorité, non la minorité elle-même. Mais elle a le mérite de proposer une nomenclature étendue des hypothèses de discriminations (23). Mais l'intérêt majeur de la Convention réside moins dans la formulation des droits et libertés qu'elle consacre que dans le dispositif de protection qui a été mis en place. Qui ne le sait ? Avoir des droits que l'on ne peut nulle part faire reconnaître et sanctionner, c'est n'avoir pas de droit.

Il faut ainsi reconnaître tout le parti qu'il est possible de tirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'apport non négligeable de certains arrêts dans la construction d'un droit des minorités. Bien entendu, la Cour, sur la base de la Convention, reste sur le strict terrain des droits de l'homme et de la philosophie (individualiste) qui les sous-tendent. Mais la Convention incorpore également des libertés collectives (droit de réunion, droit d'association, liberté d'expression, laquelle a nécessairement une portée collective) indispensable à l'expression des minorités. Le système des droits de l'homme représente ainsi une garantie minimum, même s'il ne peut répondre que partiellement et donc, imparfaitement, aux problèmes posés par les minorités. On ne saurait donc négliger l'apport que représentent certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme eu égard, en particulier, à la généralité de formulations qui leur donnent une valeur proprement métajuridique.

Dans deux décisions en particulier, la Cour a tenu un langage qui semble en effet témoigner de sa volonté de formuler, en termes généraux, des principes non expressément définis dans le texte, mais indéniablement impliqués par les termes de la Convention. Dans l'arrêt *Handyside* du 29 avril 1976, la Cour a donné la portée collective qui convenait au principe de la liberté d'expression :

> "La liberté d'expression constitue l'un des principes essentiels de pareille société (la société démocratique), l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. (Cette liberté d'expression) vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le *pluralisme*, la *tolérance* et l'*esprit d'ouverture*" (24).

Dans l'arrêt *Young, James et Webster* du 25 novembre 1980, qui concernait plus immédiatement des droits collectifs (en l'espèce était en cause le droit syndical), la Cour a assuré, de manière judicieuse, la connexion entre les libertés individuelles et collectives en s'appuyant sur la même formule utilisée dans les espèces précédentes fondées sur des réclamations plus individuées :

---

(22) Article 27 : "Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres du groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue". Cf. les commentaires d'A. Fenet, "La question des minorités dans l'ordre du droit" in G.D.M., *Les minorités à l'âge de l'État-nation, op. cit.* : "l'indétermination des bénéficiaires explique à elle seule l'unanimité des États sur ce texte. Mais en plus, les droits reconnus sont d'une grande imprécision : la clause n'impose qu'une obligation d'abstention aux États" (p. 74).

(23) Article 14 : "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune ou toute autre situation".

(24) Cette affaire Handyside soulevait un problème de liberté de publication à propos d'un "petit livre rouge à l'usage des lycéens", d'origine danoise, dont certains passages tombaient sous le coup de la loi relative aux publications obscènes au Royaume-Uni où l'ouvrage venait d'être diffusé. La Cour se référera à elle-même et reprendra textuellement la même formule dans l'arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981 qui soulevait le problème de l'homosexualité.

"*Pluralisme, tolérance* et *esprit d'ouverture* caractérisent une société démocratique. Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts des individus à ceux du groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux *minorités* un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante".

C'est cette référence aux minorités, en dehors de toute qualification particulière, qui donne aux principes énoncés par la Cour, une valeur métajuridique permettant aux minorités de toute nature de revendiquer le droit de s'exprimer comme telles et d'exercer, collectivement, les droits reconnus à tous. Bien entendu, chaque membre d'une minorité, dispose également pour lui-même des droits individuels et collectifs reconnus à tous et le droit de s'en prévaloir, le cas échéant, contre le groupe minoritaire auquel il s'est éventuellement identifié.

Il n'est pas certain que l'on doive -et même que l'on puisse- aller au-delà et envisager un régime de droit spécifique pour les minorités. Il y a même tout lieu de craindre qu'il se retourne en une forme d'*apartheid*. L'hétérogénéité des phénomènes de minorité est telle en effet qu'elle rend impossible une formulation générale et abstraite de la notion juridique de minorité susceptible de recouvrir l'ensemble des situations minoritaires ; il est donc également impossible de déterminer, de manière un tant soit peu précise, des droits spécifiques pour les minorités. Autant il importe d'admettre, dans les principes, l'existence des minorités et par là-même, leur vocation à se constituer en groupes-sujets, autant il serait vain et dangereux de vouloir enfermer la notion de minorité dans un concept juridique précis. C'est en ce sens qu'il faut abandonner l'obsession de la norme générale et positive : du fait de sa diversité, le phénomène minoritaire reste insaisissable dans l'ordre des choses, indéfinissable dans l'ordre du langage.

2 - L'idée de pluralisme juridique pourrait être développée dans une autre direction. On pourrait l'envisager non seulement comme l'expression d'une reconnaissance objective de la diversité sociale et de la volonté de singularisation de certains sous-groupes de la société globale mais encore comme une ressource proprement méthodologique susceptible d'ouvrir des possibilités multiples, formalisées à des degrés variables, permettant d'apporter non point une solution globale au problème général des minorités, mais de rechercher des solutions ponctuelles, le cas échéant "aux confins du droit" (25), eu égard à l'infinie variété des situations susceptibles de se poser.

Si l'on envisage une minorité comme un "ordre juridique" (26), le pluralisme ne se limite pas à décrire la diversité ni à emboîter différents ordres juridiques lesquels, d'une manière ou d'une autre, se retrouvent sub-*ordonnés* à l'ordre juridique global, mais également à organiser les relations entre les différents ordres et à permettre ainsi une évolution concertée de leurs rapports. La garantie du pluralisme dépend finalement moins de règles de fond que d'une diversification de lieux et de moyens de confrontation, de discussion, de négociation entre différents ordres juridiques, institutionnalisés ou non. Ainsi est-il possible de dépasser les simplismes d'une certaine conception de l'État de droit qui, en fin de compte, se borne à renvoyer les mécontents vers le juge, "protecteur des libertés".

Les procédures officielles et classiques telles que le recours au juge restent naturellement ouvertes mais, dans nombre de cas où sont en cause des minorités, elles ne peuvent répondre que très imparfaitement, et dans beaucoup d'autres cas,

(25) Cf. N. Rouland, *Aux confins du droit*, Éd. Odile Jacob, 1991.
(26) Cf. articles précités de D. Lochak et A. Fenet qui s'appuient l'un et l'autre sur la notion d'ordre juridique telle qu'elle est envisagée par Santiromano (*L'ordre juridique*, Firenze, 1946 ; trad. française, Dalloz, 1975).

elles n'ont pas lieu d'intervenir. Par exemple, lorsque le Ministre de l'Éducation nationale reçoit, bon gré mal gré, les représentants d'une coordination d'étudiants ou que le Ministère de la Santé finit par accepter de discuter avec une coordination d'infirmières, ils ne mettent en œuvre aucune procédure attestée et codifiée. Mais l'acceptation de la discussion est le signe d'une reconnaissance. Un représentant de l'État négocie avec un groupe-sujet de circonstance qui se volatilise dès que la négociation a abouti. Cette procédure informelle est tenue en dehors des cadres habituels des négociations réglées avec les classiques organisations "représentatives" mais elle peut être, dans bien des cas, la seule manière de régler un conflit.

D'innombrables conflits sont imaginables : non seulement entre une minorité et la société globale (ou son représentant officiel, l'État) mais encore entre des minorités, au sein même d'une minorité, entre un individu et la minorité à laquelle il s'identifie par ailleurs. Si l'on prend l'exemple des musulmans en France, ils ne constituent pas un groupe homogène, ni du point de vue de leur nationalité ni par le rite auquel ils se rattachent. Nombre de conflits se règlent à l'intérieur du groupe mais certaines questions soulèvent une contradiction violente entre le groupe minoritaire et la société globale, les normes que chacun revendique étant rigoureusement antagoniques, inconciliables. Comment l'aborder ?

L'exemple extrême est celui de l'excision. Plusieurs procédures pénales ont été engagées contre des parents d'origine africaine, notamment malienne, faisant pratiquer l'excision à leurs filles. Le droit français condamne absolument cette pratique et les tribunaux montrent une sévérité croissante en prononçant des peines de prison ferme. Cette sévérité a eu pour résultat de faire sensiblement reculer la pratique de l'excision sur le territoire national. Les familles n'y renoncent pas pour autant et font le cas échéant l'aller-retour dans leur pays pour que soit effectuée l'ablation rituelle. Suffit-il de condamner au nom du respect dû à l'intégrité physique de tout être humain ?

Très peu ont osé aborder la complexité de ce conflit de civilisation sans considérer a priori que l'une des deux civilisations en conflit était, du fait de sa prétention universaliste, forcément supérieure à l'autre, particulariste, et par là-même archaïque sinon barbare (27). Dans certaines civilisations, l'excision féminine est dans *l'ordre symbolique*, l'exact homologue de la circoncision masculine (laquelle est également une ablation, mais celle-ci ne soulève aucune objection dans la civilisation occidentale). Devant le juge français qui lui demande pourquoi elle a fait exciser ses filles, une Malienne répond : "C'est une coutume chez nous. On me l'a fait à moi aussi. J'ignorais que c'était interdit. Au village, une fille qui n'est pas excisée ne trouve pas de mari..." (28). Il s'agit donc d'une pratique initiatique en dehors de laquelle la personne ne pourrait pas être pleinement intégrée au groupe. La sanction pénale satisfait la conscience morale et juridique, du côté français ; elle est donc, de ce point de vue, parfaitement compréhensible. Mais elle est totalement inintelligible du côté malien ; elle est même perçue comme une injustice absolue puisque, bien loin d'avoir commis une faute, la "coupable" n'a fait qu'appliquer la loi du groupe.

Il n'est pas illégitime qu'un État, l'État français en l'occurrence, fasse prévaloir, sur son territoire, des règles de droit qu'il considère comme étant d'ordre public. Cela n'autorise pas pour autant de considérer le problème comme résolu et surtout, convenablement résolu. Que signifie l'application de la loi pénale lorsque la psychologie de la personne condamnée est totalement inaccessible à la signification

(27) Cf. Martine Lefeuvre, "Le devoir d'excision", Revue du Mauss, n° 1, pp. 65-95, 3è trim. 1988, Éd. de la Découverte, et le débat contradictoire, "La querelle de l'excision", Revue du Mauss, n° 4, 2è trim. 1989, p. 116-151. Cf. également, N. Rouland, *op. cit.*, p. 151-155.
(28) Cité par M. Lefeuvre, article précité, p. 76.

de cette loi ? La Cour d'assises n'est peut-être pas le lieu le mieux adapté pour engager une tentative de compréhension réciproque. Il est regrettable, en tout cas, que la solution pénale soit considérée comme la manière adéquate et exclusive pour le règlement d'un conflit de cette nature. À tout le moins serait-il nécessaire qu'un espace de dialogue, de confrontation soit ouvert, sinon à la place, du moins en parallèle, pour dépierrer patiemment ce mur d'incompréhension.

Ce qui est en question, à travers cet exemple-limite de l'excision, c'est surtout la manière selon laquelle il est abordé, soit par la puissance publique, soit par certaines associations qui se constituent partie civile dans ce type de procès, avec la tranquille certitude d'incarner le bon droit. Cette simplification ne peut être obtenue qu'au prix d'une fermeture quelque peu arrogante sur un ethnocentrisme érigé sans examen en universalisme (29).

Les conflits de culture, les confrontations de la société globale avec des minorités ne sont pas justiciables de règles fixes et de procédures formelles arrêtées une fois pour toutes. Les multiples problèmes liés à l'immigration, de plus en plus diverse, et dont personne, dont aucune force politique ne pourra contrôler les flux compte tenu de la désagrégation de nombreuses parties du monde, ne peuvent être définis et réglementés une fois pour toute. L'attitude de ces minorités n'est pas homogène, elle fluctue entre ces deux extrêmes représentés par la demande d'intégration et la volonté de préserver une identité propre. Ainsi la contradiction égalité/différence est-elle insurmontable si on tente de la figer dans une formule juridique. Il n'y a pas à choisir entre égalité ou différence. Chaque individu vit dans un incessant processus de désingularisation (être traité comme les autres) et de resingularisation (affirmer sa spécificité) ; chaque individu minoritaire vit plus fortement encore cette contradiction vivante ; chaque minorité porte dans son être cette tension entre singularité et universalité et ce sont les circonstances, la pression extérieure qui fait tantôt dominer telle impulsion tantôt telle autre. Les subjectivités minoritaires ne sont pas fixées une fois pour toutes ; elles évoluent, réagissent suivant leur propre mouvement et selon la relation avec le milieu dans lequel elles vivent.

La relation avec les mondes minoritaires implique, en définitive, l'abandon de ce que Merleau-Ponty a appelé "l'universel de surplomb" au profit d'un "universel latéral" dont, précise-t-il, "nous faisons l'acquisition par l'expérience ethnologique, incessante mise à l'épreuve de soi par l'autre et de l'autre par soi" (30). Si l'on suit cette pratique philosophique, égalité et différence n'apparaissent plus comme des termes antagoniques et la minorité n'est plus marquée par l'infériorité ; elle n'est qu'altérité.

Cette forme d'humanisme, débarrassé de son ethnocentrisme occidental, est sans doute inaccessible à ceux qui, hantés par l'idée de puissance, dirigent le monde ; elle est du moins ouverte à ceux qui tentent de le penser.

15 février 1993.

---

(29) Cf. C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, II, Plon, 1973 : Les grandes déclarations des droits de l'homme ont (...) cette force et cette faiblesse d'énoncer un idéal trop souvent oublieux du fait que l'homme ne réalise pas sa nature dans une humanité abstraite mais dans des cultures traditionnelles dont les changements les plus révolutionnaires laissent subsister des pans entiers (...). Il s'agit d'une tentative pour supprimer la diversité des cultures tout en feignant de les reconnaître pleinement" (p. 385).
(30) M. Merleau-Ponty, *Signes*, Gallimard, 1960, chap. IV, "De Mauss à Claude Lévi-Strauss", p. 150.

QUELQUES RÉFLEXIONS MÉTHODOLOGIQUES

Par

Jean MALAURIE
Professeur d'anthropogéographie arctique,
École des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris)
Directeur de recherche émérite (CNRS)
Directeur du Centre d'Études Arctiques (Paris)

Devant une assemblée de juristes aussi éminents, je voudrais m'en tenir, et dans un désordre dont je m'excuse, à quelques remarques.

Je voudrais remercier M. Soulier d'avoir fait entendre la voix d'un des esprits les plus pénétrants de notre génération : Gaston Bachelard. Chaque fois qu'on lit Bachelard, on va plus loin, et une de ses pensées que vous avez introduite pourrait être prolongée par une autre de ses remarques que je dis de mémoire : "Les esprits les plus distingués ont fait fausse route en recherchant l'extension au détriment de la compréhension".

DES MINES DORMANTES

Je souhaite réfléchir avec vous sur quelques mines dormantes, ici et là dans nos sciences sociales. Première de ces mines : il est un personnage caché dans le placard : c'est l'interprète. Nous sommes dans une tradition du livre et de l'écrit. Mais il y a une autre tradition qui fonde la langue, c'est la parole. Je renvoie à cet égard au texte magnifique de Marcel Jousse sur l'anthropologie du geste ; une lecture différente peut être faite de la "bonne parole". Chouraqui a prolongé sa pensée par une surprenante traduction des Évangiles (St Mathieu), tout autant que cette interprétation -controversée- qu'il avait donnée de la Bible.

J'aimerais pénétrer plus avant dans cette réflexion talmudique sur la vérité plurielle. S'il y a un peuple qui a le sens de la réflexion complexe, c'est bien le peuple juif. Dans le Talmud, devant l'événement comme dans le texte, il est un pluralisme interprétatif qui fait obstacle à l'idéologie de l'explication vraie, c'est-à-dire unique ; dans le pluralisme interprétatif, aucune interprétation n'est rejetée. L'essentiel est transformé en une hypothèse parmi d'autres possibles ; la démarche pluraliste laisse au lecteur le soin de mettre l'accent sur tel niveau ou telle interprétation, mais à nous situer dans L'essai de sens dynamique que ces interprètes produisent. Nous sortons ainsi d'une construction unique à prétention omni-explicative et il n'y a plus lieu de comprendre un événement mais à le déduire à

partir d'une logique unique". Cette pénétrante critique de la méthode est de Marc-Alain Ouaknin, *Concerto pour quatre personnes sans voyelles*, texte paru en 1991.

UNE VÉRITÉ PLURIELLE

Dans les sociétés de tradition orale, il serait souhaitable de disposer d'autobiographies, de confessions, d'un contre-regard de l'autochtone. Je renvoie à cet effort magnifique que l'École de Chicago en 1930 a tenté avec ce qu'on appelle les "récits de vies". Ces récits de vies rassemblent le moindre document sur des minorités. Le contre-dialogue manque trop souvent chez les juristes. Nous le savons, ces documents que nous rapportons de nos enquêtes sont de principes discutables. L'expérience de l'autre est celle du regard : moi-sujet, autre-objet. Pour décentrer, il faut saisir au mieux les tamis multiples de l'Ego et de l'alter-ego. Pour y remédier, il convient de donner la parole à tous les témoins et d'analyser les tamis. Il convient donc de relativiser ce que le témoin dit selon sa personnalité. Le regard est toujours une projection de l'observateur sur l'observé. Observation, conscientisation de l'expérience, regard et contre-regard mériteraient, en vérité, de faire l'objet d'une large analyse critique. Le "document" doit être relativisé. Les Sciences sociales, l'anthropologie doivent être à cet égard davantage personnalisées. Si l'histoire existe, en tant qu'approche scientifique, c'est qu'il y a un texte et qu'à partir de ce texte, il y a analyse critique.

TRADUTTORE TRADITORE

Autre vœu : il est souhaitable également de rappeler que le voyageur, le scientifique, n'est pas seul ; il a souvent ce que l'on appelle un truchement l'interprète, celui qui vous met en communication.

J'évoque ici deux personnages que j'ai assez suivi et sur lesquels j'ai écrit récemment. John Saccheus : il s'agit de la plus grande expédition de l'Amirauté britannique vers le Passage du Nord-Ouest en 1818. Pour commandant : un Écossais avisé, le capitaine John Ross qui a recruté à la dernière minute un Sud-Groenlandais, venu en Écosse pour parfaire ses connaissances théologiques. Le 10 août 1818, lors de la rencontre extraordinaire entre l'Isabella et l'Alexander, navires de l'Amirauté, et 8 Inuit qui n'ont jamais vu d'hommes depuis des générations, 8 hommes représentants de 20 familles complètement isolées, sans bois, sans fer, sans arc, sans kayak, dénués de tout : le peuple le plus septentrional de la Terre. C'est l'interprète qui va être l'intermédiaire obligé pour faire communiquer ces "envoyés de la Lune" et ces 8 hommes. Mais quelle langue va-t-il parler ? Un pidgin très approximatif puisqu'il ne sait pas la langue locale. Selon la relation publiée, les Esquimaux Polaires auraient dit : "Ne nous tuez pas, nous sommes biens vivants", "Nous sommes seuls au monde". "Seuls au monde ?" Saccheus a traduit, mais le Groenlandais traduisait approximativement. Et ces phrases, hors de leur contexte, peuvent avoir plusieurs sens. Les recherches historiques que j'ai conduites indiquent qu'il y a eu de rares communications avec le Sud, et que cette expression "seuls au monde", devant être relativisée. Dieu merci, cet homme savait dessiner. Il a fait un tableau de cette rencontre qui est le seul document graphique de la minute de cette rencontre. Nous n'avons hélas ! aucun carnet ou journal de route -habituel chez les Inuit pendant les expéditions auxquelles ils sont associés- de ce témoin éventuel, permettant de replacer les relations des officiers de bord, dans le contexte. J'ai conduit à Édimbourg et à Londres les recherches les plus étendues sur John Saccheus. Nous devons conclure que les documents de ce témoin essentiel ont disparu. Aussi, les

faux-sens, contresens de toutes les relations publiées par les officiers de l'expédition et traduites par lui, sont multiples (1) (2).

Autre expédition. Dans la Tchoukotka, une expédition décidée par Catherine la Grande, 1780, entreprise considérable dirigée par un Britannique, Billings, compagnon de Cook, qui a duré 10 ans et n'a été possible que parce qu'il y avait un Tchouktche prisonnier converti qui a été l'interprète et a négocié des accords provisoires entre ces tribus belliqueuses et les troupes du Tsar. Il est bien évident que dans les récits que nous avons sur ce peuple des éminents savants de l'expédition -Merck, Billings- tout venait de cet interprète, Nicolas Daourkin. Cet homme a disparu avant l'expédition et nous n'avons pas une ligne de lui ; les ethnographes ne parlent en aucune manière de sa contribution et des conditions dans lesquelles ils ont consigné les entretiens et observations (3).

Traduttore, traditore. On ne dira jamais assez l'importance des œuvres de Dumézil ou de Lévi-Strauss, et il faut poursuivre dans cette tentative d'élucidation des pensées de peuples disparus ou en voie de disparition. Mais il y a dans la phrase que je vous ai lue sur le Talmud, sur la validité des traductions des textes, une pensée qui va loin. Il s'agit là de la vérité. La vérité, c'est l'analyse serrée des mots et des textes. Et cette analyse n'a pas lieu du tout. On nous présente des textes sur les mythes, sur les pensées des autochtones, comme si ce que l'on traduit de leur pensée ne prêtait pas à glose : or si pendant 2000 ans la théologie chrétienne a discuté d'un seul mot (filioque par exemple) qui différencie les Orthodoxes des Catholiques, trois petites lettres qui changent tout ; il en est de même pour les pensées autochtones quand il s'agit de gouvernements, de territoires, de signatures pour l'éternité, d'âme, d'esprit errant. Il est donc absolument nécessaire, quand il y a interface entre des peuples, des civilisations si lointaines les unes des autres, qu'il y ait un travail critique sur les mots que l'on utilise et sur l'emploi de ces mots, les conditions d'entretiens et les personnalités des intervenants et les choix arrêtés dans les traductions.

La méthode du chartiste en pays de littérature orale doit être suivie mais il faut inventer une méthode que nous ne connaissons pas encore mais qui doit être telle que le document que l'on relate puisse faire l'objet d'analyse critique interne construite et révisée

Autre langue à traduire en ces peuples de littérature orale : ce sont les gestes, les silences qui sont éloquents, les mouvements, cette rythmique ; à manquer ces relations, c'est le risque de l'à peu près, du faux-sens, du contre-sens et du non-sens.

UN TEMPS DE RESPIRATION EN SCIENCES SOCIALES : S'ÉCOUTER LES UNS LES AUTRES

Ce n'est pas mon souci de critiquer les immenses travaux de nos prédécesseurs qui ont fait une grande œuvre, mais nous ne sommes plus au temps de la collecte. Il y a un temps de respiration qui est nécessaire, comme une émotion esthétique devant l'échec formidable au sens latin du terme de nos politiques coloniales ou néo-coloniales dans notre politique, c'est-à-dire notre intelligence des

(1) Jean Malaurie, *Ultima Thulé* (Les Inuit Nord-Groenlandais face aux conquérants du pôle 1818-1993), Paris, Bordas, 1990 et Presses Pocket, 1993.
(2) Jean Malaurie, New information concerning Captain John Ross' ethnographical collection following the *Isabella's* and the *Alexander's* expedition along Groenland's north-west coast in August 1818, *Inter-Nord*, n° 18, Paris, Ed. du CNRS, 1987, p. 227-234.
(3) Jean Malaurie, Sciences sociales dans l'Arctique : l'interprète, cet inconnu, ce méconnu. *In* Cultures et Nationalités en RSFSR, Actes du Colloque Inalco, Paris, Unesco, 14-15 novembre 1985, Paris, Ed. Inalco, 1988, p. 121-140.

peuples du Tiers-monde. Si en ce moment-même nous continuions nous spécialistes à nous tromper ?

Je propose dans le cadre de notre colloque et de tous les autres colloques qui vont suivre sur les minorités, que nous nous donnions la chance d'un temps de respiration. Soyons moins affirmatifs. Dernier vœu et pour les résumer tous : que l'interdisciplinarité devienne une règle, le juriste étant à l'écoute de l'anthropologue, du géographe, dans sa géoanalyse du lieu et de l'espace, de l'histoire dans sa mise en perspective du temps, du psychologue et de toutes les disciplines, et *vice-versa*. Nous avons devant la multidisciplinarité, le même blocage en France que devant l'apprentissage des langues étrangères et il est dû à un individualisme profond et à une conviction que l'esprit de synthèse est de l'amateurisme. Blocage que l'on ne retrouve pas en de grands États, tels les États-Unis ou la Russie. Blocage culturel qui a des racines historiques très profondes.

Le juriste comprendra d'autant mieux ce qui est proposé, le pluralisme culturel incluant le droit coutumier, ce dernier introduit avec tant de difficulté dans les milieux universitaires français. L'anthropologie juridique, à laquelle Norbert Rouland et Raymond Verdier donnent un nouveau et puissant souffle, est en vérité une nécessité. Dans l'enseignement et la recherche universitaire, comme il l'est dans la vie pratique. Un prévenu africain ou asiatique a besoin d'avocat en France ou en Afrique francophone, pour que soient dégagées les interprétations multiples nécessaires, dans le sens de la culture sociale ou de sa religion : la doctrine nous le rappelle (4) (5).

CONCLUSIONS

Les peintres qui étaient si peu considérés à leur époque -des "artistes" !- sont devenus fous à la recherche du sens ; Van Gogh, toute sa vie, a recherché avec son pinceau sa vision intérieure ; il a dynamisé le mouvement du soleil sur sa toile des tournesols en tournant si vite que finalement il est allé rejoindre ce paradis des visionnaires. Ce serait un bien grand miracle que le chercheur puisse parvenir à la vérité des ces "noyaux durs" que sont les personnalités des peuples si éloignés de nos concepts.

Mes derniers mots seront ceux d'un grand esprit. "L'expérience la plus riche et la plus profonde qu'un homme puisse avoir est le sens du mystère, principe sous-jacent à la religion ; aussi bien que de toute entreprise sérieuse en art ou en science. Qui n'a jamais fait cette expérience ne semble sinon mort au moins aveugle. C'est cela le religieux. En ce sens, je suis religieux". C'est Einstein qui a écrit ces mots, à Berlin, en 1922, dans un texte non traduit, "Radio-Berlin, mon Credo".

Pour analyser les rites, le système de pensée qui fonde les sociétés traditionnelles, si nous continuons en athées à ignorer les expériences religieuses mystiques des grandes religions comme des plus petites telles ces religions chamaniques, c'est se condamner à cette mort ou à ce regard d'aveugle.

(4) Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.
(5) Raymond Verdier, *Droit et Cultures*, n° 21-22, Paris, Ed. L'Harmattan, 1992.

R.R.J. 1993-2
Pages 643 à 676

- II -

COMMENTAIRES DE DÉCISIONS DE JUSTICE

LE CONTRÔLE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION FISCALE ÉTAT-TERRITOIRE DE NOUVELLE-CALÉDONIE ET DÉPENDANCES

NOTE SOUS CONSEIL D'ÉTAT, ASS., 19 AVRIL 1991 FAURE (REC. 145)

Par

Alain BOYER
Maître de Conférences à l'Université d'Orléans

L'arrêt rendu, le 19 avril 1991, par le Conseil d'État statuant en assemblée conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Gaeremynck illustre l'une des difficultés qu'engendre le régime législatif particulier des territoires d'outre-mer (1) : comment concilier, en matière fiscale, le caractère unitaire de l'État avec l'existence en son sein d'une pluralité d'ordres juridiques territoriaux.

L'article 74 de la Constitution autorise le législateur national à habiliter les Assemblées territoriales à réglementer des matières qui relèvent selon le droit commun des autorités nationales (2). Cette faculté constitutionnelle ouverte au législateur national a eu pour conséquence la mise en place d'une répartition des compétences propres à chacun des territoires d'outre-mer (3). La République française apparaît alors comme un État unitaire connaissant une pluralité d'ordres juridiques. Cette situation normative paradoxale ne va pas sans poser de nombreuses difficultés tenant à la connaissance du droit applicable dans les différents territoires d'outre-mer, et aux rapports qu'entretiennent les différents ordres juridiques territoriaux avec l'ordre juridique national. L'espèce présentée ici met en évidence une technique utilisée par la pratique pour articuler, en matière fiscale, un ordre juridique territorial avec l'ordre juridique national.

La loi du 28 décembre 1976 (4) portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie donne, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, compétence à

(1) P. Lampue, "Droit d'outre-mer et de la coopération", précis Dalloz 4e éd. Dalloz 1969 ; F. Luchaire, "Droit d'outre-mer et de la coopération", Thémis 2e éd. PUF 1966.
(2) Décision 65-34 L du 2 juillet 1965 rec. 75, L. Hamon, D 1967 J, p. 613, P. Lampue, Penant, 1966, p. 347.
(3) A. Boyer, "Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'État unitaire - Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958", thèse Aix-en-Provence, 1991.
(4) Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances JORF 29 décembre 1976, p. 7530.

La loi du 28 décembre 1976 (4) portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie donne, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, compétence à l'Assemblée territoriale calédonienne pour créer des impôts territoriaux. Le 11 janvier 1982, l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie adopte, en application de cette loi, la délibération n° 374 instituant dans le territoire un impôt sur le revenu. Cette dernière est attaquée, devant le juge administratif, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Les requérants reprochent à cet acte administratif (5) un vice de procédure. Craignant l'annulation de cet acte et les difficultés tant juridiques que politiques que celle-ci pourrait entraîner, le législateur national décide de valider la délibération en cause par la loi de finances pour 1982. La validation ainsi prononcée ayant eu pour effet de donner valeur législative à la délibération à l'exception de deux dispositions, le Conseil d'État ne pouvait que rejeter les recours formés devant lui dans la mesure où ils portaient sur les dispositions validées (6).

Le nouvel impôt sur le revenu créé sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie fait peser le risque de voir des citoyens soumis à une double imposition territoriale et nationale. La délibération validée a prévu qu'une convention ultérieure visant à éviter les doubles impositions devra être signée entre le territoire et l'État. La délibération prévoit ainsi l'utilisation d'une technique juridique que l'on retrouve généralement dans l'ordre international mais qui, en fait, permet la coordination de deux ordres juridiques distincts que ceux-ci relèvent de l'ordre international ou de l'ordre interne. Dans l'État fédéral, il peut exister, entre les différents États fédérés, des conventions visant à éviter les doubles impositions. Ce souci de coordination peut aussi conduire à la signature entre États fédérés, dans le domaine judiciaire, de conventions d'extradition alors que cette technique est apparue dans l'ordre international. Une remarque doit être ici faite. Que ce soit dans l'ordre international ou dans l'ordre interne d'un État fédéral, la pluralité d'ordres juridiques est fondée et garantie par l'existence de différentes Constitutions. Cette situation impose que la coordination des différents ordres juridiques soit, à titre principal, réalisée au moyen de la technique conventionnelle qui apparaît comme étant la plus propice pour garantir l'autonomie politique et juridique des États, autonomie qui est le fondement même de l'ordre international et de l'ordre interne d'un État fédéral. La situation des territoires d'outre-mer au sein de la République française est tout autre. L'existence d'une pluralité d'ordres juridiques territoriaux trouve son fondement, d'une part, dans le principe de spécialité législative qui signifie pour l'essentiel qu'une loi n'est pas applicable de plein droit dans les territoires d'outre-mer et doit faire l'objet d'une mesure d'extension particulière à chaque territoire, et d'autre part, dans la faculté constitutionnelle ouverte au profit du législateur d'habiliter les autorités territoriales à intervenir dans des domaines qui relèvent selon le droit commun du législateur ou du pouvoir réglementaire national. La garantie de la pluralité d'ordres juridiques territoriaux se trouve alors placée entre les mains du législateur national (7). Cette situation est paradoxale car l'État unitaire postule l'unité de l'ordre juridique. Dans ce cadre, la coordination des différentes composantes administratives territoriales se réalisera, à titre principal, par le biais de l'acte unilatéral c'est-à-dire de la loi. Le recours à la technique conventionnelle nécessité par l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques territoriaux apparaît, dès lors, exceptionnelle. Ainsi, l'affirmation contenue dans la délibération du 11 janvier 1982 aux termes de laquelle une convention devra

(4) Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances JORF 29 décembre 1976, p. 7530.
(5) CE 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui et autres rec. 138.
(6) CE 18 mars 1983, req. n° 41682 et CE 27 janvier 1984 Jacquet req. n° 40970 arrêts non publiés cités par le commissaire du gouvernement Gaeremynck dans ses conclusions non publiées.
(7) A. Boyer, op. cit., pp. 49 et s.

être passée entre le territoire de Nouvelle-Calédonie et l'État pour éviter les doubles impositions ne lie pas le législateur national. Celui-ci dispose d'une option : soit il utilise la voie unilatérale peu favorable à l'expression du particularisme du territoire, soit il utilise la voie conventionnelle plus favorable à l'expression du particularisme du territoire.

Le choix, opéré par le gouvernement de la République et entériné par le législateur, s'est fait en faveur de la voie conventionnelle. Le gouvernement de la République et le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie signent, le 31 mars 1985 à Nouméa et le 5 mai 1983 à Paris, une convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale. Cette convention est approuvée quelques temps plus tard par le législateur. Enfin, par arrêté du 18 août 1983, le haut-commissaire de la République de Nouvelle-Calédonie promulgue, dans le territoire, d'une part, la loi n°83-676 du 26 juillet 1983 (8) approuvant la convention fiscale entre le gouvernement de la République française et le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et d'autre part rend exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale du 2 décembre 1982 qui avait approuvé le texte de cette convention. Par une lettre du 31 août 1983, le directeur territorial des services fiscaux interprète deux dispositions de la convention.

Le requérant, Monsieur Faure, conteste, dans un premier temps, la légalité tant de l'arrêté de promulgation du 18 août 1983 que de la lettre interprétative du directeur territorial des services fiscaux. Le 18 novembre 1983, il dépose, devant le Conseil d'État, une requête en excès de pouvoir contre ces deux actes administratifs. La haute juridiction administrative, tardant à statuer sur la légalité de ces mesures, Monsieur Faure est assujetti au nouvel impôt territorial. Il demande, par deux fois, au juge de l'impôt, c'est-à-dire au tribunal administratif de Nouméa, la décharge de cette imposition. Par jugement du 28 avril 1986, déféré en appel devant le Conseil d'État le 28 juillet 1986, et celui du 28 avril 1987, déféré au juge d'appel le 29 juin 1987, le tribunal administratif de Nouméa rejette les demandes de décharge d'impôt.

Le Conseil d'État est ainsi saisi de trois requêtes successives - l'une au titre de sa compétence, dans certains cas, de juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort, les autres, au titre de sa compétence de juge d'appel en matière d'impôt. Après avoir joint les différentes requêtes, le Conseil d'État rejette l'ensemble des pourvois.

Cet arrêt d'assemblée soulève trois questions. La première concerne le contentieux administratif des territoires d'outre-mer. Il s'agit de vérifier dans quelle mesure la situation présente -dans laquelle on voit le Conseil d'État statuer à la fois comme juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort et juge d'appel en matière d'impôt- peut se reproduire. La deuxième, qui est le cœur même de l'arrêt, est relative à la légalité de l'arrêté de promulgation et de la lettre interprétative. Elle intéresse le régime législatif des territoires d'outre-mer car le juge administratif a dû déterminer la portée de l'approbation législative de la convention. Enfin la dernière question concerne l'assujettissement de Monsieur Faure à l'impôt territorial sur le revenu pour les années 1982 et 1983. Examinons successivement ces différents problèmes.

(8) Loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances JORF, 27 juillet 1986, p. 2332.

I - L'EXAMEN DE LA COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Après avoir vérifié que l'affirmation de la compétence du Conseil d'État, en tant que juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort et en tant que juge d'appel en matière d'impôt, ne souffre pas de discussion, nous montrerons que dans l'avenir une telle situation ne pourra plus se présenter.

A - L'AFFIRMATION DE LA COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Abordons successivement les deux points suivants : le Conseil d'État juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort, le Conseil d'État juge d'appel en matière d'impôt.

L'affirmation, par le Conseil d'État, de sa compétence en premier et dernier ressort à l'égard de la requête en excès de pouvoir déférée par Monsieur Faure paraît au premier abord surprenante. En effet, depuis le décret du 30 septembre 1953, les tribunaux administratifs sont juges de droit commun du contentieux administratif. Le Conseil d'État n'est plus, en premier ressort, qu'un juge d'attribution. Il ne connaît plus en premier et dernier ressort que de certains litiges particulièrement importants (9). Toutefois, le décret de 1953 réserve le cas des territoires d'outre-mer. Ce texte dispose que "le Conseil d'État reste juge de droit commun du contentieux administratif, autre que le contentieux local, né dans les territoires soumis à la juridiction des conseils du contentieux administratif". Le fondement de cette réserve doit être recherché, non dans le caractère particulièrement important des litiges en cause, mais dans le principe de spécialité législative. En effet, la création des tribunaux administratifs a répondu à la nécessité de désengorger le Conseil d'État. Eu égard à la faiblesse quantitative du contentieux administratif que connaissaient ces territoires, on a choisi, dans un premier temps, de ne pas leur étendre la réforme. Dès lors, le Conseil d'État a dû vérifier si le litige, dont il se trouvait saisi, relevait ou non du contentieux local. Relève du contentieux local tous les litiges de plein contentieux mettant en cause le territoire ou l'une quelconque des collectivités administratives situées dans le ressort de ces juridictions ainsi que les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les mesures individuelles des autorités locales. À l'évidence, la requête de Monsieur Faure qui demande au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir, d'une part, de l'arrêté du haut-commissaire en tant qu'il rend exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale approuvant la convention fiscale et, d'autre part, la lettre du directeur territorial des services fiscaux faisant connaître son interprétation de certaines dispositions, ne relève pas du contentieux local. Dès lors, le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort. Toutefois, la haute juridiction administrative n'a pas pu se contenter de cette vérification pour affirmer sa compétence car, entre la décision du Conseil d'État et la demande de Monsieur Faure, un événement important est survenu. La loi n°84-521 du 6 septembre 1984 (10) a instauré un tribunal administratif en Nouvelle-Calédonie qui est juge de droit commun de l'ensemble du contentieux administratif. Malgré tout, cette instauration n'a pas pour effet de dessaisir obligatoirement le Conseil d'État car il est prévu que ce dernier reste saisi de litiges qui appartiendront désormais au tribunal administratif de Nouméa, à la condition que ceux-ci aient été en état d'être jugés à la date d'entrée en vigueur de la loi du 6 septembre 1984. Ainsi, le

(9) Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, "Contentieux administratif", Précis Dalloz, 5e éd. Dalloz 1990, p. 271.
(10) Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances JORF 7 septembre 1984, p. 2840.

fondement de la compétence du Conseil d'État est double : il s'agit d'un litige qui ne relève pas du contentieux local, il s'agit d'un litige pour lequel l'instauration du tribunal administratif de Nouméa n'entraîne pas le dessaisissement du Conseil d'État.

Enfin, ni l'arrêt, ni les conclusions du commissaire du gouvernement Gaeremynck n'évoquent la question de la compétence du Conseil d'État pour statuer sur les conclusions en appel dirigées, par Monsieur Faure, contre les deux jugements rendus par le tribunal administratif de Nouméa. La haute juridiction administrative s'estime implicitement compétente en la matière. Une telle solution nous paraît parfaitement fondée. Toutefois, on peut regretter le défaut de motivation expresse de l'arrêt sur ce point. En effet, la réforme du contentieux administratif, opérée en 1953, fait du Conseil d'État la juridiction d'appel des tribunaux administratifs. Mais cet état du droit a été amendé par la loi du 31 décembre 1987 (11) qui institue les cours administratives d'appel, chargées de l'appel de certains jugements des tribunaux administratifs, les arrêts des dites cours relevant du Conseil d'État par la voie de la cassation.

La portée de l'affirmation, faite par le Conseil d'État, de sa compétence -de manière explicite pour les conclusions en excès de pouvoir, et de façon implicite pour celles introduites au titre de l'appel des jugements du tribunal administratif de Nouméa- doit être précisée.

B - LA PORTÉE DE L'AFFIRMATION DE LA COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Examinons d'une part la portée de l'affirmation de la compétence du Conseil d'État à l'égard des conclusions en excès de pouvoir et d'autre part celle à l'égard des conclusions en appel.

L'affirmation par le Conseil d'État de sa compétence en premier et dernier ressort est fondée sur l'inexistence dans le territoire d'un tribunal administratif. La création de tribunaux administratifs dans les territoires d'outre-mer devrait avoir pour effet de retirer au Conseil d'État, dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, sa compétence en premier et dernier ressort. Toutefois, seuls les territoires de Nouvelle-Calédonie et dépendances et de Polynésie française ont été dotés en 1984 (12) de tribunaux administratifs ; Mayotte et Wallis et Futuna continuant quant à eux à être soumis à la juridiction des conseils du contentieux administratif. Ainsi, la solution retenue par le Conseil d'État en l'espèce ne concerne plus que le territoire de Wallis et Futuna et la collectivité territoriale de Mayotte.

S'agissant de la compétence du Conseil d'État en appel, la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 fait, des cours administratives d'appel qu'elle institue, les juridictions de droit commun en matière d'appel. Le Conseil d'État conserve, en ce domaine, une simple compétence d'attribution qui concerne les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs portant sur les recours en appréciation de légalité, sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales et sur le recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires (13). Ainsi, le Conseil d'État perd sa compétence d'appel en matière de contentieux fiscal (14). L'appel en matière de contentieux fiscal des territoires d'outre-mer dotés d'un tribunal

(11) Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, JORF, 1er janvier 1988, p. 7.
(12) Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, JORF 7 septembre 1984, p. 2831 ; loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, JORF 7 septembre 1984, p. 2840.
(13) Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, op. cit., p. 220 ; D. Chabanol, "Les nouvelles compétences des cours administratives d'appel", AJDA 1992, p. 341.
(14) L. Trotobas, J.-M. Cotteret, "Droit fiscal", Précis Dalloz 6e éd. Dalloz 1990, pp. 312 et s..

administratif (la Nouvelle-Calédonie et dépendances et la Polynésie française) relève aujourd'hui de la cour administrative d'appel de Paris.

Cette situation qui voit le Conseil d'État statuer, dans une même décision, en tant que juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort et en tant que juge d'appel en matière d'impôt a peu de chances de se reproduire. Elle est largement due à l'encombrement que connaissait le Conseil d'État avant la réforme de 1987. Le Conseil d'État admet, pour affirmer sa compétence en premier et dernier ressort, que les affaires qui lui étaient soumises à ce titre étaient en état d'être jugées lors de l'entrée en vigueur de la loi instituant un tribunal administratif dans le territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances c'est-à-dire à la fin de l'année 1984 (15). Or, le Conseil d'État rend sa décision le 19 avril 1991 c'est-à-dire plus de six ans après que l'affaire eut été en l'état d'être jugée. Un délai moins long aurait sans doute permis d'éviter tout ou partie du contentieux fiscal qui est venu se greffer sur ce contentieux de la légalité. Cette affaire met en évidence un phénomène intéressant. L'allongement des délais de procédure dû à un encombrement des juridictions entraîne l'apparition d'autres litiges qui viennent eux-mêmes participer à l'encombrement des tribunaux. Il y a ainsi un phénomène d'auto-génération de l'encombrement des juridictions.

S'étant ainsi reconnue compétente, la haute juridiction administrative a alors pu examiner au fond les requêtes introduites par Monsieur Faure en abordant dans un premier temps les questions de légalité des actes administratifs qui lui étaient soumises.

II - L'EXAMEN DE LA LÉGALITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS DÉFÉRÉS

L'arrêté du haut-commissaire du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances rendant exécutoire la convention fiscale conclue entre le gouvernement de la République française et le conseil de gouvernement de la République française constitue un acte administratif dont la légalité peut être discutée devant le juge administratif. En revanche, les dispositions de la convention ne peuvent être discutées devant le juge administratif ni par la voie du recours pour excès de pouvoir ni par celle de l'exception d'illégalité car elles ont valeur législative. Dès lors, la lettre du directeur territorial des services fiscaux, qui se borne à rappeler le contenu de la convention, constitue une circulaire insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Telle est en substance la solution qu'apporte le Conseil d'État saisi au titre de sa compétence de juge de l'excès de pouvoir.

---

(15) L'article 29 du décret du 14 novembre 1984, modifiant et complétant la partie réglementaire du code des tribunaux administratifs et relatif à l'application de ce code aux tribunaux administratifs de Papeete et de Nouméa, dispose que : "Les procédures en cours à la date d'entrée en vigueur des lois n° 84.820 et 84-821 du 6 septembre 1984 susvisées devant les conseils du contentieux administratif de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie et dépendances en ce qui concerne ce dernier territoire seront transférées de plein droit respectivement au tribunal administratif de Papeete et au tribunal administratif de Nouméa.
Les actes de procédure qui ont été régulièrement accomplis avant le transfert demeurent valables dans la forme où ils ont été effectués. L'instruction, s'il y a lieu, est poursuivie dans les conditions prévues par le présent décret.
A titre transitoire, les juridictions autres que les conseils du contentieux administratif restent compétentes pour statuer sur les recours dont elles se trouvaient saisies à la date d'entrée en vigueur des lois du 6 septembre 1984 susvisées concernant les litiges auxquels la compétence des tribunaux administratifs de Papeete et de Nouméa a été étendue par les lois précitées lorsque ces recours sont en état d'être jugés au sens de l'article 4 du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953". Voir JORF, 15 novembre 1984, p. 3520, spéc. p. 3521.

A - LA DÉTERMINATION DE L'ACTE ADMINISTRATIF ATTAQUÉ : L'APPLICATION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 83-160 DC

Le Conseil constitutionnel contrôle dans la décision 83-160 DC (16), la constitutionnalité de la loi approuvant la convention fiscale État-territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances. À cette occasion, le juge constitutionnel a tranché la question de la nature juridique de cet acte et a considéré qu'il s'agissait d'une convention de droit interne. Une telle qualification bénéficie de l'autorité de la chose jugée car elle constitue le soutien nécessaire du dispositif retenant la constitutionnalité de la loi d'approbation et donc du recours à la procédure conventionnelle pour régler certaines difficultés de compétence entre l'État et les territoires d'outre-mer. Elle s'impose au juge administratif. La solution apportée par le Conseil d'État à la question de la détermination de l'acte administratif attaqué s'appuie implicitement sur la décision 83-160 DC et constitue ainsi un exemple d'application par le juge administratif des décisions du Conseil constitutionnel.

La motivation de l'arrêt relative à la détermination de l'acte administratif attaqué est très laconique. Le Conseil d'État semble reprendre sans effort particulier une jurisprudence constante selon laquelle les actes des autorités territoriales constituent des actes administratifs soumis au contrôle du juge administratif (17). Cette apparente facilité ne doit pas tromper. La question posée au Conseil d'État était délicate. La solution adoptée a nécessité un important effort d'interprétation dont témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement Gaeremynck. Ce dernier a réalisé un raisonnement en plusieurs points qu'il est utile de rappeler afin de montrer que derrière l'application d'une solution jurisprudentielle classique se cachent d'épineux problèmes juridiques. Le commissaire du gouvernement Gaeremynck s'est tout d'abord penché sur la nature juridique de la convention, puis il s'est intéressé à l'acte contre lequel la requête était dirigée.

Quant à la nature juridique de la convention, le commissaire du gouvernement retient la nature conventionnelle de l'acte en cause en s'appuyant d'une part sur la décision du Conseil constitutionnel 83-160 DC du 19 juillet 1983 (18) qui affirme à plusieurs reprises le caractère de convention de droit interne de la convention fiscale et d'autre part sur l'analyse de la convention elle-même qui procède à un partage de la matière imposable et qui révèle ainsi "l'équilibre négocié des droits et obligations de chacun, qui caractérise le contrat" (19). Dès lors, les requêtes en excès de pouvoir doivent être regardées comme dirigées contre un acte détachable de la convention. Tel est le premier temps du raisonnement du commissaire du gouvernement Gaeremynck qui est repris par l'assemblée du contentieux lorsqu'elle affirme que "la régularité des actes par lesquels la convention a été approuvée au nom du territoire peut être contestée devant le juge administratif". La solution ainsi retenue et le raisonnement qui l'appuie appellent certaines remarques. Le commissaire du gouvernement Gaeremynck évoque, sans la retenir, la thèse selon laquelle la convention fiscale litigieuse aurait la nature d'un acte-conjoint. L'acte-conjoint est un acte adopté par deux

(16) Décision 83-160 DC du 19 juillet 1983 rec. 43.
(17) CE 27 février 1970 Said Ali Tourqui et autres rec. 138 ; dans le même sens décision 65-34 L du 2 juillet 1965 rec. 75, L. Hamon D. 1967 J p. 613. P. Lampue Penant, 1966 p. 347 ; décision 82-155 DC du 30 décembre 1982 rec. 88, P. Avril- J. Gicquel, Pouvoirs 1983, n° 25 p. 199, L. Favoreu, RDP 1983 p. 333, M. de Villiers, R.A 1983 p. 142, A. Boyer, op. cit. pp. 326 et s.
(18) Décision 83-160 DC du 19 juillet 1983 rec. 43, L. Favoreu, RDP 1986 p. 395, spéc. p. 467, P. Jarnevic, AJDA 1984 p. 28, H. Labayle, JCP 1985 II n° 20352.
(19) Conclusions non publiées du commissaire du gouvernement Gaeremynck.

autorités et destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers (20). Ainsi, l'acte-conjoint constitue un acte unilatéral contre lequel un recours pour excès de pouvoir peut éventuellement être dirigé. Le choix de qualifier d'acte-conjoint la convention aurait pu conduire le juge à considérer la requête comme dirigée directement contre la convention, celle-ci risquant la censure du juge de l'excès de pouvoir du fait de la présence de certaines dispositions rétroactives. Mais, en l'espèce, cet acte-conjoint présente la particularité d'avoir été approuvé par le législateur. Dès lors, pour admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la convention, le Conseil d'État aurait dû considérer que l'intervention législative n'enlevait pas le caractère réglementaire de certaines dispositions. Or, il est pratiquement impossible de faire le départ entre ce qui ressort de la compétence territoriale et qui conserverait valeur réglementaire et ce qui appartient au domaine de l'État et qui aurait acquis valeur législative du fait de l'intervention du Parlement. Une telle impossibilité rend inutile et inopportune la qualification d'acte-conjoint des conventions fiscales du type de celle dont il est question dans l'arrêt dans la mesure où cela n'apporterait aucune garantie supplémentaire aux administrés, le recours pour excès de pouvoir étant déclaré irrecevable du fait de l'approbation législative. L'arrêt retient la nature conventionnelle de l'acte en cause afin de déclarer recevable la requête dirigée contre un acte détachable. L'arrêt est peu explicite sur les motivations qui ont présidé à cette solution. Les conclusions du commissaire du gouvernement sont à cet égard plus précises. Il évoque deux arguments : la décision du Conseil constitutionnel qui admet la constitutionnalité de la loi d'approbation de la convention fiscale et donc la constitutionnalité d'une telle procédure et la nature profonde de l'acte. L'argument majeur tient dans la décision du Conseil constitutionnel. En effet, le juge constitutionnel affirme à plusieurs reprises dans la motivation de la décision 83-160 DC que l'acte en cause constitue une convention de pur droit interne (21). Une telle qualification s'impose directement au juge administratif dans la mesure où elle constitue le soutien nécessaire du dispositif qui retient la constitutionnalité de la loi d'approbation (22). Ainsi, en reconnaissant la nature conventionnelle de l'acte en cause, le Conseil d'État fait une exacte application de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 au terme duquel : "Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles."

Quant à l'acte administratif visé par la requête, nous savons que si le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable à l'encontre d'une convention passée par

(20) P. Delvolve rappelle que : "l'acte administratif unilatéral se caractérise par les effets qu'il produit sur la situation des tiers sans leur consentement. Dès lors, chaque fois qu'une convention détermine des droits et des obligations pour les tiers indépendamment de leur adhésion, ses effets réglementaires font apparaître des éléments unilatéraux. Si l'on peut toujours parler rigoureusement d'acte unilatéral, on ne peut parler de contrat ; on doit encore parler de convention à effets réglementaires", coll. droit public, Sirey, 1983, p. 79.

(21) Le Conseil constitutionnel juge que : "Considérant que de telles conventions puisent leur force obligatoire à l'égard du gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur, que le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur, que, par suite de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la constitution ;" ... "Considérant qu'aucune des stipulations de la convention ne reconnaît au territoire la qualité d'autorité souveraine ou de personne de droit international ; considérant de même que, si les besoins de la rédaction de la convention ont entraîné l'emploi de termes distinguant "le territoire français" et le "territoire de Nouvelle-Calédonie" et en définissant les ressorts géographiques respectifs, où "l'impôt français" et "l'impôt calédonien", il ressort des dispositions mêmes de l'article que ces termes résultent d'une convention de langage du pure commodité et qu'ils n'ont aucune portée juridique ;".

(22) L. Favoreu, L. Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", coll. droit public, 6e éd, Sirey, 1991 n° 3-13, 6-9, 13-3, 14, 25, 38-25.

l'administration il l'est, en revanche, quand il est dirigé contre un acte détachable de ladite convention (23). On entend par acte détachable un acte unilatéral qui précède ou qui suit la conclusion du contrat et pour lequel une certaine individualisation est possible ouvrant ainsi la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Quel est l'acte détachable en l'espèce. Le requérant demande au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du haut-commissaire de Nouvelle-Calédonie et dépendances par lequel cette autorité administrative a promulgué dans le territoire la loi d'approbation de la convention fiscale mais aussi entendu rendre exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale du 2 décembre 1982 qui avait approuvé le texte de cette convention. Traditionnellement, les textes nationaux (lois, décrets) ne sont exécutoires dans les territoires d'outre-mer qu'après avoir fait l'objet d'une promulgation locale par l'intermédiaire du représentant de l'État dans le territoire (24). L'arrêté du haut-commissaire du 18 août 1983 a pour effet explicite la promulgation de la loi approuvant la convention fiscale. Le requérant ne conteste pas réellement sur ce point la légalité de l'arrêté. En effet, la loi ayant été déclarée applicable au territoire de Nouvelle-Calédonie, le haut-commissaire est dans une situation de compétence liée et ne peut que promulguer ce texte. Le requérant attaque l'arrêté sur son contenu implicite. Il considère que celui-ci a eu pour effet de rendre illégalement exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale du 2 décembre 1982 qui avait approuvé le texte de la convention fiscale conclue entre la République française et le territoire de Nouvelle-Calédonie. Le Conseil d'État a ainsi dû vérifier si l'arrêté possédait un tel contenu implicite. Le commissaire du gouvernement Gaeremynck rappelle que : "Il est vrai, en l'espèce, que l'arrêté du haut-commissaire en date du 18 août 1983 (publié avec la loi d'approbation et la convention) ne se présente que comme un acte de promulgation, dans le territoire, de la loi du 26 juillet 1983 approuvant la convention. Or, la loi du 28 décembre 1976 relative à l'organisation du territoire distingue les actes par lesquels le haut-commissaire promulgue les lois et décrets dans le territoire (article 4) de ceux par lesquels il rend exécutoire, par arrêté, les délibérations de l'assemblée territoriale. Mais cela ne nous paraît pas un effort excessif que de considérer cet arrêté du 18 août 1984 comme ayant implicitement, mais nécessairement, eu pour objet, dans le même temps, de rendre exécutoire la délibération adoptée par l'assemblée territoriale dans sa séance du 2 décembre 1982" (25). L'assemblée du contentieux admet le raisonnement du commissaire du gouvernement et considère que l'arrêté du haut-commissaire a un contenu nécessaire et implicite : l'approbation de la convention fiscale par l'assemblée territoriale. Ainsi, l'acte détachable de la convention visé par la requête est constitué par l'arrêté du haut-commissaire rendant exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale approuvant la convention.

Cette solution ne paraît pas à première vue critiquable. Elle se fonde sur des principes jurisprudentiels connus et équilibrés qui permettent tout à la fois de protéger les droits des administrés en ouvrant largement le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables des conventions et de garantir l'autonomie d'action de l'administration en déclarant irrecevable un tel recours à l'encontre d'une convention. La critique doit porter sur l'acte détachable retenu. Nous savons que l'acte détachable est constitué par l'arrêté du haut-commissaire rendant exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale approuvant la convention. La question qui se pose est de déterminer si la délibération du 2 décembre répond à l'exigence posée par la

(23) CE 4 août 1905, Martin rec. 749, Hauriou S 1906 3 p. 49, concl. Romieu, D. 1907 3 p. 49, Jèze, RDP 1906 p. 249, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve, B. Genevois, "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative" coll. droit public 9e éd. Sirey 1990 p. 95.
(24) A. Boyer, op. cit., p. 136.
(25) Conclusions non publiées du commissaire du gouvernement Gaeremynck.

convention indiquant qu'elle entrera en vigueur après avoir été approuvée par les deux territoires. L'assemblée du contentieux juge que : "considérant qu'il ressort des termes de la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 qui a approuvé la convention, éclairés par les travaux préparatoires que le législateur a entendu subordonner l'entrée en vigueur des dispositions de ladite convention à son approbation par les autorités compétentes de Nouvelles - Calédonie et dépendances, conformément aux dispositions en vigueur dans ce territoire ; ... considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 7 et 48 de la loi n° 76-1221 du 28 décembre 1976, relative à l'organisation de la Nouvelle - Calédonie et dépendances, l'assemblée territoriale était compétente pour approuver la convention au nom du territoire ; qu'il ressort de l'examen du procès-verbal de séance tenue le 2 décembre 1982 par cette assemblée, qu'elle a adopté le projet qui lui était soumis par le conseil de gouvernement et autorisé ce dernier à signer la convention ; que le texte signé les 31 mars et 5 mai 1983 n'étant pas différent de celui dont elle avait eu à connaître le 2 décembre 1982, l'assemblée territoriale n'était pas tenue de procéder à une nouvelle délibération après cette signature.". Cet extrait de l'arrêt permet de comprendre les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à considérer que la délibération du 2 décembre constituait l'approbation territoriale nécessaire à l'entrée en vigueur de la convention. Si le juge ne retient pas une telle solution cela signifie que la convention n'est pas entrée en vigueur. Dès lors, tous les actes pris par l'administration fiscale sur son fondement depuis 1983 perdraient leur base légale. Cette solution se justifie tant en opportunité qu'en droit. En opportunité, décider que la convention n'est pas entrée en vigueur ne conduirait qu'à créer des difficultés politiques et juridiques sans réellement apporter une protection efficace aux administrés car l'assemblée territoriale pourra toujours approuver la convention qui, conformément à ses stipulations, entrera en vigueur rétroactivement. En droit, cette solution apparaît conforme tant à l'article 74 de la Constitution qu'à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui admet la constitutionnalité du recours à la technique conventionnelle pour harmoniser l'action de l'administration de l'État et des territoires d'outre-mer. L'article 74 de la constitution prévoit que l'organisation particulière est définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée. Cet article impose le respect d'une formalité substantielle au législateur intervenant en matière de territoire d'outre-mer. Le Conseil constitutionnel, après avoir mis l'accent sur l'obligation de consultation pesant sur le législateur, a précisé, à partir de 1982, que cet avis, s'il constitue un élément d'appréciation nécessaire pour le législateur ne limite pas sa liberté d'appréciation et notamment l'exercice du droit d'amendement. Le droit positif consacre ainsi la participation des territoires d'outre-mer à l'élaboration des lois les concernant, sans toutefois, porter atteinte aux prérogatives du Parlement pour lequel l'avis donné par les autorités territoriales ne constitue qu'un élément nécessaire d'appréciation. L'article 74 de la constitution ne consacre pas de droit de veto au profit des territoires d'outre-mer (26). Cet élément est essentiel pour apprécier dans quelle mesure le recours à la technique conventionnelle est compatible avec la constitution. La décision du Conseil constitutionnel 83-160 DC admet de façon très large la constitutionnalité du recours à la technique conventionnelle entre l'État et les différentes catégories de collectivités territoriales, la seule limite dans le cas d'une convention du type de celle qui nous intéresse en l'espèce étant fixée par la constitution. Le juge constitutionnel décide que : "rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre de la convention de droit interne passée par les autorités compétentes au titre de chacune des personnes morales contractantes, soient définis des droits et des obligations réciproques ; que, comme il a été dit plus haut, la définition de ces droits et obligations

(26) A. Boyer, op. cit. pp. 19 et s..

par voie contractuelle ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la constitution ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la constitution (27)" ; dès lors, et dans la mesure où la constitution ne confie pas aux territoires d'outre-mer de droit de veto sur les actes du Parlement, le recours à la technique conventionnelle ne saurait avoir pour effet d'aboutir à un tel résultat sans méconnaître la constitution. La constitution impose, selon nous, que la formalité d'approbation par les territoires d'outre-mer des conventions fiscales doit être réalisée avant le dépôt du projet de loi d'approbation sur le bureau de l'une des chambres du Parlement. Toutefois, on peut nous objecter qu'admettre une telle thèse revient à vider de sens et de portée le recours à la technique conventionnelle car le législateur, par le biais du droit d'amendement, pourra faire ce que bon lui semble. Nous ne croyons pas que l'on puisse retenir une telle objection. En effet, la convention traduit un accord politique passé entre les autorités territoriales et le gouvernement de la République. Ce dernier, après avoir veillé à ce que les autorités territoriales aient rempli leurs obligations relatives à l'approbation de la convention dispose des moyens constitutionnels lui permettant de faire adopter par le Parlement, pacifiquement ou en force, le texte de la convention sans modification. Une autre objection peut nous être faite. La convention prévoit non seulement l'approbation de son contenu par les autorités territoriales mais aussi une faculté de dénonciation sous réserve du respect d'un délai de six mois. Ainsi, la convention et donc la loi d'approbation et par là même le Conseil constitutionnel qui a reconnu la constitutionnalité de cette procédure admettraient la possibilité pour une autorité territoriale d'empêcher l'application d'une loi. Cette objection doit être elle aussi écartée. La convention en cause a été passée sur le modèle de celui établi par l'OCDE pour régler des problèmes de double imposition entre deux personnes publiques souveraines. On peut discuter sur le caractère opportun ou non d'une telle reprise dans la mesure où certaines expressions, valables dans le cadre des relations internationales, peuvent prêter à confusion en droit interne. Tel est le cas de la faculté de dénonciation ouverte par l'article 26 de la convention. Cet article qui est la reprise d'une disposition de la convention - type OCDE ne saurait être interprété littéralement. Il doit être, à notre avis, interprété au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a pour effet de donner une ampleur maximale à la participation (par le biais de l'avis de l'article 74 de la constitution, et par la reconnaissance de la constitutionnalité du procédé conventionnel pour régler le jeu des compétences) des territoires d'outre-mer à la définition des règles les concernant tout en garantissant, conformément au schéma de l'État unitaire, la primauté normative du Parlement. La faculté de dénonciation ne saurait alors avoir pour effet de bloquer l'application de la convention. Elle a simplement pour effet de faire connaître aux autorités étatiques le désir des autorités territoriales de voir modifier les règles du jeu.

B - L'EFFET DE L'APPROBATION LÉGISLATIVE

Il convient maintenant de se pencher sur l'effet de l'approbation législative, prononcée par la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983, sur les moyens d'annulation soulevés par le requérant, Monsieur Faure, à l'égard tant de l'arrêté du haut-commissaire rendant exécutoire la délibération de l'assemblée territoriale approuvant la convention qu'à l'égard de la lettre du directeur territorial des services fiscaux.

Le demandeur, Monsieur Faure, considère que l'approbation législative a un effet limité et ne concerne que l'État c'est-à-dire qu'il estime que l'intervention législative étant conditionnée par un problème de répartition des compétences au sein

(27) Décision 83-160 DC du 19 juillet 1983 rec. 43.

de l'État, personne morale, elle ne saurait avoir d'effet sur les actes du territoire. Cette conception minimale, pour séduisante qu'elle soit, supposerait, pour être reçue, non seulement l'existence de deux ordres juridiques distincts mais de plus l'égalité entre ces deux ordres juridiques. Or, telle n'est pas la situation du droit positif qui consacre au profit de chacun des territoires d'outre-mer un ordre juridique propre mais qui ne constitue en fait qu'une fraction de l'ordre juridique de l'État (28).

Le défendeur, l'État, soutient une thèse contraire selon laquelle l'approbation législative aurait pour effet de purger la convention ainsi que les actes l'entourant de tout vice. Comme le souligne le commissaire du gouvernement Gaeremynck, une telle conception maximale de l'effet de l'approbation législative ne saurait être retenue sous peine de vider de sens le recours à la technique conventionnelle et violer ainsi la volonté du législateur.

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, adopte une solution selon laquelle l'approbation législative empêche que soit discuté le contenu de la convention devant le juge administratif sans pour cela interdire à ce dernier d'examiner la légalité des actes détachables de la convention. Le commissaire du gouvernement Gaeremynck motive ce choix par le souci de préserver le cadre contractuel dans lequel le législateur a entendu délibérément se placer. Une telle conception nous paraît effectivement de nature à assurer plein effet tant à l'approbation législative, exigence constitutionnelle, qu'à l'approbation territoriale, exigence législative. Toutefois, on ne doit pas surestimer l'intérêt pratique de cette solution pour peu que l'on veuille bien admettre la thèse que l'on croit pouvoir tirer de la Constitution et de son interprétation par le Conseil constitutionnel c'est-à-dire l'obligation pour les autorités territoriales de se prononcer dès avant l'intervention législative. Le Parlement pourra, en cas de litige, au cours de la procédure d'approbation prononcer la validation de la délibération territoriale. Le Conseil d'État, ayant ainsi fixé la portée de l'approbation législative, a dû examiner les conséquences de celle-ci sur les moyens d'annulation soulevés par la requête.

Le requérant considère d'une part que l'approbation territoriale présente des irrégularités ayant pour conséquence l'absence d'entrée en vigueur de la convention et d'autre part que la lettre du directeur territorial des services fiscaux du 31 août 1983 contient des dispositions rétroactives illégales.

Quant à l'approbation territoriale, le requérant soutient que l'avis favorable donné à la signature par l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie et dépendances n'est pas constitutif de l'approbation exigée par la procédure engagée et qu'une seconde délibération ayant un tel objet devait avoir lieu après la signature de la convention. Subsidiairement, le demandeur estime que le défaut de publication du procès verbal de la délibération du 2 décembre 1982 et le défaut d'arrêté du haut-commissaire rendant exécutoire cette délibération avant la signature ont pour effet d'invalider l'approbation territoriale et ainsi de rendre inopposable la convention qui ne serait pas entrée en vigueur. Le Conseil d'État rejette cette argumentation. L'assemblée du contentieux juge d'une part que, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'avis favorable à la signature vaut approbation territoriale dans la mesure où le texte signé est identique à celui pour lequel l'assemblée territoriale a délivré l'autorisation de signature et d'autre part que l'absence de publicité de la délibération contenant cette autorisation avant la signature est sans effet sur la

(28) P. Lampue rappelle que : "La République française apparaît comme un État unitaire "pluri-législatif", c'est-à-dire un État comprenant plusieurs fractions dotées de législations particulières" in "Droit d'outre-mer et de la coopération" précis Dalloz 4e éd. Dalloz 1969, p. 4 ; F. Miclo, "Le régime législatif des territoires d'outre-mer et l'unité de la République" coll. droit public positif Économica 1982.

validité de cette délibération. La solution ainsi adoptée par la haute juridiction administrative appelle peu de remarques. Elle traduit le réalisme et le caractère peu formaliste du droit administratif. En effet, le juge administratif s'attache à vérifier la réalité de l'approbation fournie par l'autorité compétente sans s'attacher au formalisme de l'acte. Enfin, et conformément à une jurisprudence constante, le Conseil d'État estime que le défaut de publicité d'un acte n'est pas constitutif d'une illégalité mais a simplement pour effet de le rendre inopposable au tiers.

Quant à la lettre du directeur territorial des services fiscaux, Monsieur Faure estime que cette dernière est illégale car elle contient des dispositions rétroactives. Le Conseil d'État écarte ce moyen en relevant d'une part que la convention, approuvée par le législateur et donc insusceptible d'être discutée au contentieux devant le juge administratif, contient des dispositions rétroactives et d'autre part que la lettre du directeur territorial des services fiscaux, ne faisant que reprendre ces dispositions, ne contient "aucune décision susceptible, par elle-même, de faire grief à Monsieur Faure ; que les conclusions de sa requête qui sont dirigées contre cette lettre sont, en conséquence, irrecevables" ; Le juge administratif donne ainsi à l'approbation législative de la convention le même effet que la validation législative (29) et précise, conformément à une jurisprudence bien établie, que le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les actes faisant grief et non contre les actes qui rappellent le droit applicable et qui ne constituent que des circulaires interprétatives insusceptibles de recours (30).

L'assemblée du contentieux, ayant ainsi rejeté l'ensemble des moyens présentés par Monsieur Faure à l'appui de son recours pour excès de pouvoir, a dû aborder dans un troisième et dernier temps la question de la légalité des jugements du tribunal administratif de Nouméa du 28 avril 1986 et du 29 juin 1987.

III - L'EXAMEN DE LA LÉGALITÉ DES JUGEMENTS

Monsieur Faure conteste son assujettissement à l'impôt territorial en soulevant plusieurs moyens :

- les dispositions de la convention attribuant au territoire l'imposition des pensions payées à des personnes résidant dans le territoire ne sont pas applicables aux pensions mises en paiement en 1982 et 1983,
- l'exonération prévue par la délibération territoriale n° 374 du 11 janvier 1982 instituant l'impôt sur le revenu est applicable aux pensions de 1982 et 1983,
- la soumission desdites pensions à la retenue à la source au profit de l'État au titre du code général des impôts rend illégale la soumission à l'impôt territorial,
- le remboursement des sommes correspondant à la retenue à la source est illégale en l'absence de décision de dégrèvement préalablement prononcée par le service d'assiette.

Le raisonnement du requérant se fonde sur un postulat. La convention fiscale conclue entre l'État et le territoire de Nouvelle-Calédonie n'est pas applicable aux impositions payées au titre des années 1982 et 1983. Dès lors, et afin d'éviter une double imposition, ces années doivent être imposées au profit de l'État sur la base d'une retenue à la source et être exonérées de l'impôt territorial. Le Conseil d'État rejette à bon droit cette argumentation et consacre l'assujettissement des pensions perçues par Monsieur Faure en 1982 et 1983 à l'impôt territorial sur le revenu. Pour

(29) B. Mathieu, "Les validations législatives - pratique législative et jurisprudence constitutionnelle", coll. droit public positif Économica, 1987.
(30) CE Ass. 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreistrer, rec. 64, concl. Tricot, RPDA 1954 p. 50, Chr. Gazier Long, AJDA 1954 II p. 5, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve, B. Genevois, "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative" coll. droit public 9e éd Sirey 1990 p. 513.

ce faire, l'assemblée du contentieux s'appuie sur la solution apportée au recours pour excès de pouvoir présenté par Monsieur Faure au terme de laquelle la convention est, non seulement, entrée en vigueur mais elle l'est, de plus, rétroactivement. Elle est dès lors applicable aux pensions payées en 1982 et 1983 alors qu'elle a été conclue en 1983. Le postulat de Monsieur Faure étant ainsi écarté, le partage de la matière imposable entre l'État et le territoire s'opère dès 1982. Le Conseil d'État a pu écarter sans difficulté le second temps du raisonnement en montrant que, contrairement à ce que prétendait le requérant, les pensions payées en 1982 et 1983 devaient être soumises, en application de la convention, non pas à l'impôt national mais à l'impôt territorial.

Le principe de l'assujettissement de Monsieur Faure à l'impôt territorial n'appelle pas de remarques particulières dans la mesure où il est conditionné par l'entrée en vigueur de la convention, problème que nous avons déjà abordé à l'occasion de l'examen du recours pour excès de pouvoir. Il nous paraît, toutefois, intéressant d'indiquer les raisons qui ont conduit la haute juridiction administrative à écarter l'exonération prévue par la délibération de l'assemblée territoriale instituant l'impôt territorial sur le revenu car cette précision nous permettra d'expliciter un dernier point relatif à la place qu'occupent les délibérations territoriales par rapport aux conventions fiscales du type de celle présentée en l'espèce.

Les conclusions du commissaire du gouvernement sont muettes sur cette question ; l'arrêt lui-même est peu éclairant et se borne à constater que : "Considérant, en deuxième lieu, que les articles 17 et 25-2-a) de la convention soumettent les pensions perçues à compter du 1er janvier 1982 par les résidents du territoire à l'impôt sur le revenu établi, à partir de la même date, par la délibération n° 374 du 11 janvier 1982 ; que, par suite, Monsieur Faure ne saurait utilement se prévaloir des dispositions de l'article 38-4) de cette délibération, qui avaient prévu que ces pensions seraient exonérées dudit impôt "jusqu'à conclusion d'un accord relatif aux doubles "impositions" pour soutenir qu'il devait bénéficier de cette exonération pour les pensions qui lui ont été versées en 1982 et 1983".

L'explication de ce considérant doit être recherchée dans trois directions : l'interprétation de l'expression "jusqu'à la conclusion d'un accord relatif aux doubles "impositions", l'application de la règle "Lex posterior derogat priorit", l'existence d'une hiérarchie entre la convention fiscale et la délibération.

Le Conseil d'État a tout d'abord pu considérer que l'expression "jusqu'à conclusion d'un accord relatif aux doubles impositions" ne devait pas faire l'objet, comme semble le souhaiter le requérant, d'une interprétation littérale mais être comprise comme l'expression de la volonté de l'assemblée territoriale instituant le nouvel impôt d'éviter les doubles impositions. Dès lors, la haute juridiction a pu juger que la proposition "jusqu'à conclusion d'un accord relatif aux doubles impositions" signifiait "jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention" et ainsi écarter l'application de l'exonération prévue par la délibération territoriale.

Le Conseil d'État a ensuite pu considérer qu'en application de la règle "Lex posterior derogat priorit", la convention devait prévaloir sur la délibération. En effet, ces deux actes ont valeur législative -la convention ayant été approuvée par le Parlement et la délibération ayant fait l'objet d'une validation législative- la loi d'approbation s'impose à la loi de validation car elle lui est postérieure.

Le Conseil d'État a enfin pu considérer que la convention occupe, par rapport à la délibération, une place supérieure dans la hiérarchie des normes justifiant que l'on écarte cette dernière au profit de la première.

Ces trois explications sont plus ou moins critiquables. En effet, l'application par le juge administratif de la règle "Lex posterior derogat priorit" souffre d'un double handicap. Il n'est pas certain que les deux actes aient la même valeur car la

validation législative peut ne pas avoir porté sur l'exonération en cause. De plus, même en admettant que les deux actes aient même valeur et qu'il y ait donc application de la règle "lex posterior derogat priorit", cette explication ne serait alors valable que pour l'espèce en cause et ne permettrait pas de prévoir quelle serait la position du juge dans l'hypothèse où la délibération territoriale instituant l'exonération ne serait pas validée.

Les deux autres explications nous paraissent plus légitimes, l'une s'appuyant sur les règles générales d'interprétation consacrées par le droit administratif général, l'autre sur la place qu'occupent les territoires d'outre-mer en droit constitutionnel positif.

L'explication qui trouve son fondement dans le droit administratif général est celle par laquelle l'on pourrait considérer que la proposition "jusqu'à conclusion..." signifie "jusqu'à l'entrée en vigueur" dans la mesure où cette interprétation réalise l'équilibre que recherche constamment à assurer le juge administratif entre la protection des droits des administrés et les nécessités de l'action administrative. En l'espèce, il est indéniable que l'exonération prévue par la délibération a pour objet d'éviter les doubles impositions et non de dégager certains contribuables de la soumission à l'impôt. Dès lors, le juge administratif a pu considérer à bon droit que l'entrée en vigueur de la convention fiscale rendait inopérante l'exonération prévue.

L'explication qui trouve son fondement dans le droit constitutionnel positif est celle par laquelle l'on aurait pu écarter l'exonération en application de la hiérarchie des normes. La convention fiscale approuvée par le Parlement de la République a valeur législative alors que la délibération territoriale n'est qu'un acte administratif. Cette hiérarchie normative traduit la place qu'occupent les territoires d'outre-mer au sein de la République. Ils ne sont que des entités administratives (31) soumises au respect des actes législatifs du Parlement sous le contrôle du juge administratif.

(31) Pour une confirmation récente CE 15 janvier 1992 Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française, rec. 20 ; D.A février 1992 p. 15 ; note A. Boyer, "Territoire d'outre-mer : des ministres nommés sous contrôle du juge administratif", R.R.J. 1993-1, p. 291.

CONSEIL D'ÉTAT
statuant au contentieux
Séance du 5 avril 1991

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Au nom du Peuple français

Le Conseil d'État statuant au Contentieux,
Sur le rapport de la 9ème sous-section
de la Section du Contentieux

Vu 1°), sous le n° 55 242, la requête, enregistrée au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 18 novembre 1983, présentée pour M. Georges FAURE, demeurant 131, route de l'Anse Vata à Nouméa (Nouvelle-Calédonie) ; M. FAURE demande au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir : 1°) l'arrêté du 18 août 1983 du Haut-Commissaire de la République de Nouvelle-Calédonie et dépendances, en tant que, par cet arrêté, il a non seulement promulgué dans le territoire la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 approuvant la convention fiscale entre le gouvernement de la République française et le Conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, mais entendu rendre exécutoire la délibération de l'Assemblée territoriale du 2 décembre 1982 qui avait approuvé le texte de cette convention ; 2°) les paragraphes 4 et 5 de la lettre n° 517 du 31 août 1983 du directeur territorial des services fiscaux, relatifs à l'interprétation des articles 17 et 25-2-a) de la convention ;

.....

Vu 2°), sous le n° 80 698, la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés les 28 juillet 1986 et 26 novembre 1986 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentés pour M. Georges FAURE, demeurant 131 route de l'Anse Vata à Nouméa (Nouvelle-Calédonie) ; M. FAURE demande au Conseil d'État :

- d'annuler le jugement du 28 avril 1986 par lequel le tribunal administratif de Nouméa a rejeté sa demande en décharge du complément d'impôt sur le revenu territorial auquel il a été assujetti, au titre de 1982, à raison des pensions qu'il a perçues de l'État ;
- le décharge de cette imposition ;

.....

Vu 3°), sous le n° 88 820, la requête enregistrée au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 29 juin 1987, présentée pour M. Georges FAURE demeurant 131, route de l'Anse Vata à Nouméa (Nouvelle-Calédonie) ; M. FAURE demande au Conseil d'État :

- d'annuler le jugement du 28 avril 1987 par lequel le tribunal administratif de Nouméa a rejeté sa demande en décharge de l'impôt sur le revenu auquel il a été assujetti au titre de l'année 1983, à raison des pensions qu'il a perçues de l'État ;
- le décharge de cette imposition ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 ;

Vu la loi de finances rectificative pour 1982, n° 82-1152 du 30 décembre 1982 ;

Vu la délibération n° 374 du 11 janvier 1982 de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Vu la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 et la convention fiscale entre le gouvernement de la République française et le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale, signée à Nouméa le 31 mars 1983 et à Paris le 5 mai 1983 ;

Vu la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 et le décret du 14 novembre 1984 ;

Vu le code général des impôts ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 3 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :
- le rapport de M. Bonnot, Conseiller d'État,
- les observations de la S.C.P. Vier, Barthélemy, avocat de M. Georges FAURE,
- les conclusions de M. Gaeremynck, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que, par sa délibération n° 374 du 11 janvier 1982, validée par l'article 22 de la loi de finances rectificative pour 1982, l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie et dépendances a institué, à compter du ler janvier 1982, un "impôt unique annuel sur le revenu des personnes physiques, désigné sous le nom d'impôt sur le revenu" ; qu'afin d'éviter les doubles impositions pouvant résulter de l'application de dispositions du code général des impôts en vigueur en métropole et dans les départements d'outre-mer et de dispositions de la réglementation fiscale propre au territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et, en particulier, de la délibération n° 374 du 11 janvier 1982, le gouvernement de la République et le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances ont décidé de conclure une convention qui, en vertu de son article 25-1, devait être approuvée conformément aux dispositions applicables "dans chaque territoire" et entrer en vigueur dès que, de part et d'autre, "il aura été satisfait à ces dispositions" ; que la convention, dont le texte avait été adopté par une délibération de l'assemblée territoriale du 2 décembre 1982, a été signée à Nouméa le 31 mars 1983 et à Paris le 5 mai 1983 par le ministre de l'économie, des finances et du budget, pour le gouvernement de la République, et par le Haut-Commissaire de la République, pour le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, conformément à l'autorisation donnée à ce dernier par la délibération précitée du 2 décembre 1982, puis approuvée par la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 et publiée, en annexe à cette loi, au Journal Officiel de la République Française du 27 juillet 1983 ; que la même loi et la même convention ont été publiées au Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie et dépendances du 23 août 1983, en vertu d'un arrêté de promulgation pris le 18 août précédent par le Haut-Commissaire de la République ;

Considérant que, pour demander, en premier lieu, au Conseil d'État, par sa requête n° 55 242, d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 18 août 1983 du Haut-Commissaire de la République, en tant que celui-ci ne s'est pas borné à promulguer la loi et la convention précitées, mais a, en outre, entendu faire usage des pouvoirs qu'il tenait de l'article 6 de la loi n° 76-1221 du 28 décembre 1976, relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, pour rendre exécutoire la délibération susmentionnée de l'assemblée territoriale du 2 décembre 1982, M. FAURE soutient, à titre principal, que cette délibération ayant été adoptée dans des conditions irrégulières, la convention ne serait pas entrée en vigueur, et, subsidiairement, que l'assemblée territoriale ne pouvait légalement adopter des dispositions de portée rétroactive, comme celles que contient l'article 25-2-a) de la convention ; que M. FAURE invoque aussi ce dernier moyen à l'appui des conclusions de la même requête qui tendent à l'annulation pour excès de pouvoir des paragraphes 4 et 6 de la lettre n° 617 du 31 août 1983, par laquelle le directeur territorial des services fiscaux a fait connaître son interprétation des dispositions de l'article 17 de la convention ; qu'enfin, par ses requêtes n° 80 698 et 88 820, M. FAURE demande au Conseil d'État, en invoquant, pour l'essentiel, les mêmes moyens, d'annuler les deux jugements du tribunal administratif de Nouméa qui ont rejeté ses demandes en décharge de l'impôt territorial sur le revenu auquel il a été assujetti au titre des années 1982 et 1983 ;

Considérant que les requêtes de M. FAURE présentent à juger des questions semblables ; qu'il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule décision

Sur la compétence du Conseil d'État pour connaître, en premier et dernier ressort des conclusions de la requête n° 55 242 :

Considérant, d'une part, qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 2 du décret n° 53-1169 du 28 novembre 1953 : "... Le Conseil d'État reste juge de droit commun du contentieux administratif, autre que le contentieux local, né dans les territoires soumis à la juridiction des conseils du contentieux administratif..." ;

Considérant, d'autre part, qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 29 du décret du 14 novembre 1984, pris pour l'application de l'article 125 de la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984, qui a institué un tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie et

dépendances dont le siège est à Nouméa et dispose que celui-ci est "juge de droit commun de l'ensemble du contentieux administratif en premier ressort et sous réserve d'appel devant le Conseil d'État", les juridictions autres que les conseils du contentieux administratif restent compétentes pour statuer sur les recours : elles se trouvaient saisies à la date d'entrée en vigueur de la loi du 6 septembre 1984, lorsque, portant sur des litiges relevant désormais de la compétence du tribunal administratif de Nouméa, ces recours sont en état d'être jugés, au sens de l'article 4 du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 ;

Considérant que, eu égard à l'objet ci-dessus rappelé, de la convention fiscale des 31 mars et 5 mai 1983, le litige soulevé par la requête de M. FAURE ne relevait pas du contentieux local dont la connaissance était dévolue, en premier ressort, au conseil du contentieux administratif de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, alors en fonction ; que cette requête, dont le Conseil d'État a été saisi avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 6 septembre 1984, était, à cette date, en état d'être jugée, au sens de l'article 4 du décret du 30 septembre 1953 ; que, dès lors, le Conseil d'État était et demeure compétent, en vertu des dispositions ci-dessus mentionnées, pour connaître, en premier et dernier ressort des conclusions de la requête de M. FAURE ;

Sur l'entrée en vigueur de la convention des 31 mars et 5 mai 1983 :

Considérant qu'il ressort des termes de la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 qui a approuvé la convention, éclairés par les travaux préparatoires que le législateur a entendu subordonner l'entrée en vigueur des dispositions de ladite convention à son approbation par les autorités compétentes de Nouvelle-Calédonie et dépendances, conformément aux dispositions en vigueur dans ce territoire ; qu'eu égard au caractère d'actes administratifs des décisions prises par les autorités du territoire de Nouvelle-Calédonie, et en l'absence de toute validation expresse par la loi, la régularité des actes par lesquels la convention a été approuvée au nom du territoire peut être contestée devant le juge administratif ;

Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 7 et 48 de la loi n° 76-1221 du 28 décembre 1976, relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, l'assemblée territoriale était compétente pour approuver la convention au nom du territoire ; qu'il ressort de l'examen du procès-verbal de la séance tenue le 2 décembre 1982 par cette assemblée, qu'elle a adopté le projet qui lui était soumis par le conseil de gouvernement et autorisé ce dernier à signer la convention ; que le texte signé les 31 mars et 5 mai 1983 n'étant pas différent de celui dont elle avait eu à connaître le 2 décembre 1982, l'assemblée territoriale n'était pas tenue de procéder à une nouvelle délibération après cette signature ; que ni le fait que le procès-verbal de la délibération du 2 décembre 1982 n'a pas été publié, ni celui que cette délibération n'a pas été rendue exécutoire par un arrêté du Haut-Commissaire de la République avant la signature de la convention, ne sont de nature à affecter la validité de l'approbation de la convention par le territoire ; que, dans ces conditions, M. FAURE n'est fondé à soutenir ni que l'arrêté du 18 août 1983 du Haut-Commissaire de la République rendant exécutoire la délibération du 2 décembre 1982 serait entaché d'irrégularité, ni que, par voie de conséquence, les dispositions de la convention ne seraient pas entrées en vigueur ;

Sur la portée rétroactive de certaines dispositions de la convention :

Considérant que la loi du 26 juillet 1983 a donné valeur législative à l'ensemble des dispositions de la convention, y compris celles, de portée rétroactive, que contient, notamment, son article 25-2-a) ; que ces dispositions ne sont, dès lors, pas susceptibles d'être contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir ni par celle de l'exception d'illégalité ;

Considérant que les paragraphes 4 et 5 de la lettre n° 517 du 31 août 1983 du directeur territorial des services fiscaux, dans lesquels ce dernier se borne à ihdiquer qu'en vertu des dispositions combinées des articles 17 et 25-2-a de la convention, les pensions perçues à compter du ler janvier 1982 par le résidents du territoire seront soumises à l'impôt sur le revenu établi par la délibération n° 374 du 11 janvier 1982, n'ajoutent, ni ne retranchent rien à ces dispositions et ne contiennent, dès lors, aucune décision susceptible, par elle-même, de faire grief à M. FAURE ; que les conclusions de sa requête qui sont dirigées contre cette lettre sont, en conséquence, irrecevables ;

En ce qui concerne les impositions contestées par les requêtes n° 80 698 et 88 820 :

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort de ce qui a été dit ci-dessus que les prétentions de M. FAURE, selon lesquelles les dispositions de l'article 17 de la convention fiscale des 31 mars et 5 mai 1983, qui attribuent au territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances l'imposition des pensions payées, au titre d'un emploi antérieur, en quelque lieu que celui-ci ait été exercé, à des personnes résidant dans ce territoire, ne seraient pas entrées en vigueur ou, en tout cas, ne seraient pas applicables à celles de ces pensions qui ont été mises en paiement en 1982 et 1983, doivent être écartée ;

Considérant, en deuxième lieu, que les articles 17 et 25-2-a) de la convention soumettent les pensions perçues à compter du ler janvier 1982 par les résidents du territoire à l'impôt sur le revenu établi, à partir de la même date, par la délibération n° 374 du 11 janvier 1982 ; que, par suite, M. FAURE ne saurait utilement se prévaloir des dispositions de l'article 38-h) de cette délibération, qui avaient prévu que ces pensions seraient exonérées dudit impôt "jusqu'à conclusion d'un accord relatif aux doubles impositions" pour soutenir qu'il devait bénéficier de cette exonération pour les pensions qui lui ont été versées en 1982 et 1983 ;

Considérant enfin, que M. FAURE ne peut utilement contester son assujettissement à l'impôt territorial, au titre des années 1982 et 1983, en faisant valoir que les pensions qui lui ont été payées en 1982 et en 1983, avant l'entrée en vigueur de la convention, avaient été régulièrement soumises à la retenue à la source prévue par l'article 182-A du code général des impôts et que les sommes correspondant à cette retenue lui auraient été, ensuite, irrégulièrement remboursées par le comptable du Trésor, en l'absence de décision de dégrèvement, préalablement prononcée par le service d'assiette ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. Georges FAURE n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par les jugements attaqués sous les n° 80 698 et 88 820, qui sont suffisamment motivés, le tribunal administratif de Nouméa a rejeté ses demandes en décharge de l'impôt sur le revenu territorial auquel il a été assujetti au titre des années 1982 et 1983 ;

DÉCIDE:

Article ler : Les requêtes de M. Georges FAURE sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Georges FAURE, au territoire de Nouvelle-Calédonie et au ministre des départements et territoires d'outre-mer.

L'ÉTERNELLE JEUNESSE DE LA NOTION D'ACTE DE GOUVERNEMENT

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT DU 23 SEPTEMBRE 1992, «GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS (GISTI) ET MOUVEMENT CONTRE LE RACISME ET POUR L'AMITIÉ ENTRE LES PEUPLES (MRAP)»

Par

Jean-François POLI
Docteur en Droit
Attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Le 24 septembre 1990, en pleine crise du Golfe, et alors que 560 de ses ressortissants sont détenus en otage en Irak depuis le 18 août, la France prend différentes mesures ayant des effets sur les étudiants irakiens séjournant sur son territoire. Ces dispositions sont prises par voie de circulaire, et cet acte est attaqué par deux requérants. La requête est rejetée par le Conseil d'État car «la circulaire [...] n'est pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échappe ainsi à tout contrôle juridictionnel». La Haute juridiction se déclare ainsi incompétente pour connaître des recours qui lui sont soumis.

Cette solution est intéressante à plusieurs titres : elle permet de constater l'actualité de la notion d'acte de gouvernement et la nouveauté de son application à une circulaire (1), mais elle est aussi l'occasion d'opérer une réflexion sur la place et le rôle que peuvent jouer les actes de gouvernement dans notre système juridique.

Le 24 septembre 1990 (2) le haut fonctionnaire de défense du ministère de l'Éducation Nationale adresse au nom du ministre une lettre à l'ensemble des présidents et directeurs d'établissements d'enseignement supérieur en France et à l'étranger. Il y est indiqué : «Conformément à la résolution prise par les pays de la

(1) Un examen des tables décennales et vicennales depuis 1935 à la rubrique "acte de gouvernement" confirme cette constatation.
(2) Et non 1991, comme il est indiqué par erreur par le commissaire du gouvernement Kessler (D) dans ses conclusions relatives à cette affaire et reproduites *in AJDA*, 1992, p. 752.

Communauté européenne le 4 août 1990, le gouvernement français vient de décider, eu égard aux circonstances, la suppression de toute coopération scientifique et technique avec l'Irak. En application de cette décision, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour que les activités en cours dans le cadre des accords inter-universitaires soient interrompues et pour qu'aucun nouvel accord ne soit conclu. Tous les stages de formation doivent par ailleurs être suspendus, que les stagiaires soient militaires ou civils et quelle que soit la spécialité étudiée et le mode de financement des stages. S'agissant des stagiaires ou des étudiants boursiers du gouvernement français, le versement de toutes les bourses sera suspendu à compter du mois d'octobre [1990]. La suspension des bourses doit s'accompagner du refus d'inscription pour l'année universitaire 1990-1991 ou de l'annulation des inscriptions déjà faites. S'agissant des stagiaires ou étudiants non boursiers du gouvernement français, l'inscription pour l'année universitaire 1991-1991 doit être refusée, les inscriptions déjà prises doivent être annulées. Les étudiants irakiens ayant déjà acquitté des droits de scolarité doivent être remboursés».

La lettre précise que les mesures prises s'appliquent à tous les cycles et à toutes les disciplines universitaires, cependant ne sont pas concernés les réfugiés politiques ou demandeurs d'asile inscrits à l'OFPRA. En outre, en vertu du même texte, les étudiants irakiens ne pourront subir les examens au titre de l'année universitaire 1989-1990 que jusqu'au 15 octobre 1990.

Une circulaire, de même origine, du 18 octobre 1990 a «annulé et remplacé la circulaire du 24 septembre». Elle indique que le gouvernement français n'entend pas faire obstacle «de façon générale à l'inscription pour l'année universitaire 1990-1991 des étudiants irakiens se trouvant régulièrement en France. Elle ajoute que les inscriptions peuvent en conséquence être prises ou revalidées dans les cas des étudiants qui avaient déjà été inscrits [et], bien que son champ d'application soit beaucoup plus restreint en fait que la précédente, la généralité des termes employés par le ministre "annule et remplace" doit conduire à regarder cette nouvelle circulaire comme se substituant purement et simplement à la précédente» (3).

Deux actes sont donc pris successivement et il s'agit de deux circulaires, c'est-à-dire des mesures dont la nature est complexe et dont la place dans l'ordonnancement juridique est souvent difficile à déterminer. La jurisprudence distinguant entre les circulaires purement interprétatives, qui sont des mesures intérieures non susceptibles de recours et les circulaires réglementaires qui entendent ajouter «un élément nouveau au droit en vigueur, c'est-à-dire celle[s] dans [lesquelles] l'autorité administrative a entendu créer une nouvelle règle à portée impérative» (4). Cette distinction traditionnelle en jurisprudence, a d'ailleurs été compliquée par le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983.

Le Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés (GISTI) ainsi que le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) attaquent tous deux la circulaire du 24 septembre, mais à des dates différentes. Le GISTI introduit son action le 15 octobre 1990 (5) et le MRAP après l'intervention de la circulaire du 18 octobre 1990. La question de la recevabilité des recours se posait différemment pour chacune des requêtes. Elles ont été toutes deux présentées dans les délais et, ayant le même objet, elles seront jointes. Cependant la requête du MRAP est intervenue alors que la décision attaquée (en date du 24 septembre 1990) ne pouvait plus produire d'effets, ayant été annulée par la circulaire

(3) Conclusions Kessler (D), *op cit.*, p. 753.
(4) Debbasch (C), Ricci (J.-C.), *Contentieux Administratif*, Précis Dalloz, 5ème édition, Paris, 1990, p. 751.
(5) On note la même erreur du commissaire du gouvernement qui, dans ses conclusions, indique 1991 au lieu de 1990, cf. note 2.

du 18 octobre. On pouvait donc s'interroger sur le point de savoir si cet élément ne la rendait irrecevable. En outre la requête du GISTI, bien qu'apparemment recevable n'est-elle pas devenue sans objet et un non lieu ne devrait-il pas être prononcé ? Les réponses à ces questions ne sont nécessaires que si le juge considère qu'il ne s'agit pas d'un acte de gouvernement. Mais comme en l'espèce il n'en a pas décidé ainsi, elles sont devenues sans objet. Le commissaire du gouvernement qui proposait la solution inverse y a cependant répondu.

Il estime que la requête du GISTI devient sans objet et celle du MRAP est irrecevable. Il s'appuie pour cela sur la jurisprudence selon laquelle «l'abrogation, postérieure au recours, d'un texte réglementaire ne conduit au non lieu que si ce texte n'a pas emporté d'effets pendant le temps où il était en vigueur» (6). Mais pour David Kessler en l'espèce, la circulaire n'a pas produit effectivement d'effets jusqu'à son annulation.

En considérant, sans utiliser expressément ce qualificatif comme c'est souvent le cas, la décision administrative comme acte de gouvernement, le juge fait référence à une notion complexe.

Même «s'il n'y a jamais eu de définition des actes de gouvernement» (7), il faut cependant s'efforcer d'en mieux préciser les contours. Pour A. de Laubadère, les actes de gouvernement sont ceux «accomplis par des autorités administratives, qui ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux, tant administratifs que judiciaires» (8). L'état jurisprudentiel actuel, après avoir varié quant au critère d'identification et à la nature des actes en cause, en est venu à l'élaboration d'une liste d'actes qualifiés de gouvernement et que l'on peut scinder en deux groupes : les actes concernant les rapports du gouvernement avec le Parlement (9) et les actes mettant en cause les rapports du gouvernement avec un État étranger ou un organisme international. La circulaire en cause se rapporte au deuxième groupe, mais revêt-elle pour autant les caractères qui font que l'on considère un acte comme de gouvernement ?

Pour qu'un acte relatif aux relations internationales de la France soit constitutif d'un acte de gouvernement il faut, en plus de cette première condition, qu'il ne soit pas détachable des relations diplomatiques ou des conventions internationales. C'est-à-dire qu'il ne doit pas pouvoir «être apprécié [...] indépendamment de [...ses...] origines ou de [...ses...] incidences internationales» (10). Le caractère détachable de l'acte est donc un élément déterminant de sa justiciabilité, il conviendra de s'interroger sur ce point en premier lieu. En second lieu, il sera utile de mener une réflexion sur l'avenir de l'acte de gouvernement pour affirmer que son contrôle est nécessaire et qu'il doit être fait par un organe juridictionnel.

(6) Conclusions Kessler (D), *op cit.*, p. 755.
(7) Odent (R), Cours de contentieux administratif à l'IEP de Paris, 1976-1981, Les Cours de droit, Paris, p. 391.
(8) Laubadère (A) de, Venezia (J-C), Gaudemet (Y), *Traité de droit administratif*, Tome 1, 12ème édition, LGDJ, Paris, 1992, p. 584.
(9) Voir sur ce point les développements consacrés à l'arrêt *Prince Napoléon*, CE, 19 février 1875, par Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvolvé (P), Genevois (B) *in Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9ème édition, Sirey, Paris, 1990, p. 32.
(10) Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvolvé (P), Genevois (B), *op. cit.* p. 35.

§1 - LE CARACTÈRE DÉTACHABLE DE L'ACTE, CRITÈRE DE SA JUSTICIABILITÉ

Pour être justiciable, la circulaire doit être détachable des relations internationales de la France, aussi deux questions se posent : cet acte participe-t-il bien des relations internationales, et en est-il détachable ?

Il ne fait aucun doute que cet acte a un lien avec les relations internationales de la France. En effet, la circulaire du 24 septembre intervient en pleine crise internationale, alors même que des ressortissants français sont détenus contre leur gré en Irak. Elle concerne des ressortissants du pays «preneur d'otages». Elle constitue une réponse à cette situation de crise et plus précisément à la détention de ressortissants français. Le commissaire du gouvernement Kessler dans ses conclusions sur cette affaire constate d'ailleurs que la deuxième circulaire (qui annule et remplace celle du 24 septembre et fait tomber les prohibitions qu'elle instaurait) intervient deux jours avant la libération des otages français.

La réponse à donner à la deuxième question (détachabilité) est beaucoup moins évidente. Le caractère détachable d'un acte permet de l'isoler et de le soumettre à un régime juridique particulier, donc éventuellement à un régime contentieux spécifique. L'utilisation du critère de détachabilité est difficile, la «notion est floue» (11) et n'est donc «pas toujours d'un maniement limpide» (12).

Pour Duez, le critère de détachabilité repose sur l'objet de la mesure d'exécution : est-elle «tournée vers l'ordre interne» ou vers «l'ordre international» ? Elle sera tournée vers l'ordre interne «lorsqu'il n'y a [...] qu'une exécution du traité international, par l'État français, sur son territoire, vis à vis des nationaux. La mission diplomatique a réellement pris fin ; l'État étranger a, par hypothèse, exécuté ses obligations internationales : il s'agit seulement pour le gouvernement français, par des décisions internes appropriées, d'en faire profiter les nationaux français» (13). La distinction est reprise par Heumann en 1953 (14). Bruno Genevois utilise ces critères dans ses conclusions sur l'affaire Sieur Vo Thanh Nghia de 1978 (15).

Pour le Président Odent, dans ses conclusions sur l'affaire Radiodiffusion française de 1950 : «une activité ou une décision française qui n'est pas la conséquence directe, nécessaire, inéluctable d'une convention diplomatique, qui ne se confond pas avec une telle convention, est un acte détachable soumis au contrôle juridictionnel. Il y a acte détachable et non pas acte de gouvernement dès l'instant que les autorités françaises jouissent d'une certaines indépendance dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales, qu'elles ont l'initiative des moyens grâce auxquels elles se conforment aux dites obligations» (16). Alain Bacquet, dans ses conclusions sur l'affaire «Coparex» (17) de 1979 reprend cette dernière distinction.

---

(11) Gjidara (M), Les problèmes liés à la présence d'éléments extranéité dans l'acte administratif, Mélanges Chapus (R), Montchrestien EJA, Paris, 1992, p. 268.
(12) Kessler (D), conclusions, *op cit.*
(13) Duez (P), *Les actes de gouvernement*, Bibliothèque de l'Institut international de droit public, VII, Librairie du Recueil Sirey, Paris , 1935, p. 64.
(14) Heumann (C), «Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'application des traités diplomatiques», *EDCE*, 1953, p. 71.
(15) Genevois (B), conclusions sur CE, sect., 22 décembre 1978, sieur Vo Thanh Nghia, *AJDA*, 1979, p. 36.
(16) Odent (R), conclusions sur T.C, 2 février 1950, Radiodiffusion française c. Société de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion «Radio-Andorre», *Rev. dr. publ.*, 1950, p. 418 et ss.
(17) Bacquet (A), conclusions sur CE, sect., 13 juillet 1979, S.A Compagnie de participations, de recherches et d'exploitations pétrolières, *AJDA*, 1980, p. 371.

Le commissaire du gouvernement David Kessler se réfère à ces différentes conceptions dans l'affaire ici étudiée.

Il convient donc d'analyser l'éventuelle détachabilité de la circulaire du 24 septembre de la conduite des relations internationales de la France. Peut-on ainsi la séparer, soit totalement, soit partiellement de la «sphère internationale» ?

A - La détachabilité refusée

Pour le commissaire du gouvernement, la circulaire «se présente formellement comme la mise en œuvre de la déclaration des Douze du 4 août 1991» (18). Même s'il constate que si «cette déclaration [...] n'a pas formellement de valeur juridique [...] elle engage effectivement les douze pays de la Communauté» (19). Il se réfère en outre au traité de coopération technique signé entre la France et l'Irak, le 19 juin 1969, dont le ministre soutient que la circulaire attaquée constitue une application directe et, en l'espèce, une suspension. Le ministre se fonde sur le principe admis en jurisprudence selon lequel les mesures d'exécution d'un accord international, et qui n'en sont pas détachables, ne peuvent faire l'objet de recours (20).

Aussi, pour David Kessler, la présence de ces deux éléments permet d'admettre la qualification de la circulaire comme acte de gouvernement.

On peut cependant estimer que l'argumentation proposée est peu convaincante. En premier lieu parce qu'une déclaration des Douze, quelle que soit sa valeur symbolique ne peut être considérée comme entraînant des effets de droit —ce que reconnaît d'ailleurs partiellement et de façon embarrassée le commissaire du gouvernement. Il n'y a pas, dans le traité de 1957, de transfert de compétences au profit de Bruxelles en matière de défense commune ou de relations diplomatiques relatives à la coopération scientifique et technique. Aussi la France garde *en droit* toute sa liberté pour intervenir dans ce domaine, et ne peut arguer valablement d'éléments tirés de l'exécution de cette déclaration. Certes, la France agit ici dans le cadre de ses relations internationales, et s'est engagée auprès de ses partenaires à avoir une certaine attitude face à l'Irak. Mais, même dans ce cadre, on ne trouve rien dans la déclaration des Douze qui impose d'aller aussi loin dans les mesures prises. Donc, même si on pourrait admettre un certain lien entre la mesure et la conduite des relations internationales de la France, on peut estimer que le rapport entre la déclaration des Douze et la circulaire est assez lâche pour qu'on puisse affirmer la détachabilité de cette dernière.

En deuxième lieu, l'argumentation ministérielle selon laquelle une circulaire peut constituer l'application d'un accord international peut être admise s'il ne s'agit que de le mettre en œuvre. En l'espèce, cette thèse ne peut être acceptée —du moins dans le cadre d'un contrôle de droit interne— car la suspension de l'accord doit s'analyser comme sa mise en cause et non comme sa mise en œuvre. Aussi, il n'y aurait qu'une incompétence de l'auteur de la circulaire, seul un acte d'un rang supérieur aurait pu avoir de telles conséquences. Le contrôle de l'action ministérielle nous parait s'imposer en l'espèce, même si l'on peut estimer que cette solution pèche dans sa logique puisqu'elle consiste à faire reposer la détachabilité sur l'affirmation de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Cela suppose la compétence de la juridiction pour s'interroger sur ce point. Ainsi aurait été inversé l'ordre d'examen

(18) Kessler (D), conclusions, *ibid.*, p. 754
(19) Kessler (D), conclusions , *ibid.*
(20) Sur ces points cf. Teboul (G), commentaire de l'arrêt du Tribunal des Conflits, 2 décembre 1991, Préfet de Paris, Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur c/ Compagnie financière du CIC et de l'Union européenne et autres, req n° 2678, *AJDA*, 1992, p. 617.

des problèmes : la juridiction est-elle compétente (1ère question) ? L'autorité dont les décisions sont contrôlées a-t-elle agi en respectant le droit (2ème question) ? Mais ces griefs potentiels ne nous semblent pas suffisants pour infirmer la solution proposée. Pierre-Henri Chalvidan constatait d'ailleurs fort justement : «le Conseil d'État est bien contraint d'examiner le problème de sa compétence, ce qui le conduit inévitablement à, *pour le moins, effleurer le fond* (21)...[...] Le juge va considérer si, en l'espèce, il dispose des éléments de légalité suffisants pour lui permettre d'opérer un contrôle de légalité : — s'il les a, il reçoit la requête, y compris même lorsqu'elle se rattache par exemple aux relations internationales ; c'est la technique de l'acte détachable [...]» (22). Comme le constate cet auteur, dans sa démarche le juge est contraint de procéder à des analyses qui touchent au fond de l'affaire.

On perçoit d'ailleurs la gêne du commissaire du gouvernement. Si, dans un premier temps, et en s'arrêtant aux analyses que l'on vient de présenter, il penchait en faveur de la qualification de l'acte comme étant de gouvernement, il rejette ensuite totalement cette solution.

B - La détachabilité acceptée

Pour David Kessler, la circulaire va « au-delà de la suspension de la coopération scientifique et technique [...car...] elle interdit toute inscription d'étudiant irakien même non boursier séjournant régulièrement en France [...] elle est tournée vers l'ordre interne et non vers l'ordre international puisqu'elle impose au moins une mesure qui ne concerne que les rapports entre étudiants irakiens et établissements d'enseignement ; elle suppose de la part de la France la prise en compte de cette marge de manœuvre, de cette liberté dans l'exécution qui [...] caractérise l'acte détachable» (23).

On ne peut qu'être satisfait par l'analyse de M. Kessler sur ce point et qu'approuver la solution qu'il propose finalement.

Le critère d'identification de l'acte de gouvernement en matière de rapports diplomatiques comme étant constitué par la présence de mesures tournées vers l'ordre international est certes séduisant, mais il apparaît d'une mise en œuvre difficile. Lorsqu'un État conclut un traité ou participe à une négociation internationale, c'est de toute façon qu'il en escompte un minimum de «retombées» positives au plan interne. Il apparaît alors difficile d'opérer une distinction tranchée entre celles des mesures qui sont tournées vers l'ordre interne et celles tournées vers l'ordre international. Tout cela met parfaitement en évidence le caractère empirique de la jurisprudence en matière d'acte de gouvernement. Le juge ne s'embarrasse pas de théorisations excessives —le caractère très laconique de ses décisions en ce domaine en est un indice supplémentaire— il porte une appréciation au cas par cas et tranche ensuite dans le sens qui lui paraît souhaitable en fonction des impératifs qu'il estime devoir faire prévaloir dans l'espèce en cause.

Le commissaire du gouvernement, bien que rejetant l'application du régime de l'acte de gouvernement aurait —indique-t-il— été prêt à l'accepter si le ministre avait apporté davantage d'éclaircissements sur le contexte qui a entouré la mise en place de la circulaire. Cela aurait permis de démontrer le lien entre la circulaire et les pressions et actions diplomatiques diverses en vue d'entraîner la libération par Bagdad des ressortissants français détenus. Même s'il pressentit que cela pût avoir été le cas, aucun commencement de preuve n'étant fourni, il se vit ainsi contraint de rejeter

(21) C'est nous qui soulignons.
(22) Chalvidan (P-H), «Doctrine et actes de gouvernement», *AJDA*, 1982, p. 4.
(23) Kessler (D), conclusions, *op cit.*

l'argument. Cela nous semble davantage tenir de la volonté de restreindre considérablement l'admission du régime juridique de l'acte de gouvernement. N'est-ce pas ce qu'il faut comprendre lorsque M. Kessler indique : «Nous ajouterons pour conclure sur ce point qu'il ne nous paraît ni juste ni opportun d'étendre à l'excès la catégorie des actes de gouvernement que votre jurisprudence a largement cherché à restreindre. Quelle que soit la compréhension que l'on peut avoir des enjeux internationaux de l'affaire du golfe, nous pensons qu'une mesure générale d'interdiction d'inscription d'étudiants étrangers relève bien de la compétence du juge administratif qui doit effectivement exercer son contrôle» (24).

Pour ce qui nous concerne, il ne nous aurait pas paru possible, même en présence d'informations fournies par le gouvernement sur les enjeux internationaux de cette affaire, de permettre l'application du régime juridique des actes de gouvernement. Tout au moins en ce qui concerne la totalité de cette circulaire et cela pour plusieurs raisons :

D'une part, le gouvernement ne peut indiquer que la circulaire constitue l'exécution d'un accord international [accord de coopération de 1969 précité] puisque elle en constitue la suspension. On ne peut prétendre exécuter un engagement lorsque l'on en paralyse les effets.

D'autre part, l'affirmation que cet acte participe à la politique diplomatique de la France et qu'il doit donc échapper à tout contrôle juridictionnel, ne peut être admise alors même qu'aurait été rapportée une preuve plus large de ces implications. Seule la mesure de suspension de la coopération scientifique et technique pouvait apparaître comme non détachable car elle était dirigée vers «l'ordre international» (25). C'était d'ailleurs une solution envisagée par le commissaire du gouvernement consistant à scinder en deux la circulaire, mais il préféra finalement considérer que l'acte dans sa totalité ne pouvait être déclaré non détachable. Pour le reste les mesures visent essentiellement des étudiants irakiens séjournant en France, dont on peut d'ailleurs se demander quel est leur degré d'accord idéologique avec le régime de Bagdad. Les mesures prises ne sont constitutives que de désagréments plus ou moins graves pour les étudiants irakiens qui se voient selon les cas privés de ressources et/ou contraints d'interrompre les études qu'ils avaient entamées.

En outre, est-il digne de la France de prendre des mesures ayant pour champ d'application la seule nationalité des individus séjournant sur son territoire sans même que ceux-ci aient eu une attitude mettant en péril l'ordre public ou portant atteinte à la légalité en général du pays qui les accueille ? Certes les personnes ayant la qualité de réfugiés ne se voyaient pas opposer ces mesures, mais cela ne prend pas en compte les autres étudiants plus ou moins en dissidence avec le régime de Bagdad et qui ont profité d'une bourse accordée par le gouvernement français ou par leur gouvernement pour quitter, dans des conditions non conflictuelles, leur pays et ses conditions de vie. De plus, les mesures prises n'avaient que très peu de chances d'avoir des conséquences notables sur le comportement de l'Irak dans les circonstances de l'époque. Elles apparaissent disproportionnées face à la nature et à l'intensité de la crise qui prévalait alors. Certes, il fallait prendre en compte les possibles actions terroristes et d'espionnage qui pouvaient être le fait de ces ressortissants placés —en période de paix— en sommeil sur notre territoire. Mais cela n'enlève en rien le caractère «interne» de ces mesures. Elle apparaissent donc bien comme dirigées essentiellement vers l'ordre interne, et comme telles

(24) Kessler (D), conclusions, *ibid.*
(25) En ce sens, Cf. CE, Ass., 18 décembre 1992, Préfet de la Gironde c/ M. Mhamedi, *AJDA*, 1992, p. 141 et chronique générale de la jurisprudence administrative française, pp. 82 et s.

susceptibles de recours. Dans ce cas les explications données par le gouvernement sur les enjeux internationaux apparaissent inopérants.

Malgré l'argumentation de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État s'est refusé à considérer la circulaire comme détachable des rapports internationaux.

Si la doctrine a pu souvent indiquer que la catégorie des actes de gouvernement tendait à se restreindre toujours davantage, cette décision nous fait constater que la notion est toujours bien vivante. Une telle constatation n'interdit pourtant pas la critique de la solution donnée par le juge à cette affaire.

§ II - L'ANACHRONISME DE LA NOTION D'ACTE DE GOUVERNEMENT

Il est difficilement concevable que perdure en France l'utilisation de la théorie des actes de gouvernement pour soustraire certaines actions de l'administration à *tout* contrôle juridictionnel. Mais si un contrôle de ces actes est nécessaire, il convient alors de déterminer quels seront les organes compétents pour l'exercer.

A - La nécessité du contrôle des actes de gouvernement

Un tel contrôle s'impose pour plusieurs raisons : du point de vue théorique et du point de vue de la technique juridique.

Pour des raisons théoriques d'abord : comme l'affirmait dès 1935, Duez, l'acte de gouvernement «constitue une tache dans le régime de légalité de l'État de droit...» (26). Il est difficilement concevable que certains actes de l'exécutif ne soient pas justiciables. Ce problème revêt aujourd'hui encore plus d'acuité car, comme l'observe le Doyen L. Favoreu, «tous les actes du Parlement sont soumis à un contrôle de plus en plus strict du Conseil Constitutionnel, alors qu'une partie des actes de l'exécutif échappent au contrôle juridictionnel» (27). Dans son principe même, la théorie de l'acte de gouvernement apparaît comme un reliquat de l'ancienne raison d'État, dont on veut espérer qu'elle ne peut plus avoir cours aujourd'hui. Certes, on pourrait invoquer en faveur de son maintien l'argument de la souveraineté de l'État, mais cela ne saurait être retenu car, comme le constatait fort justement Duez, «la souveraineté de l'État est une formule qui a été lancée toutes les fois que, pour des raisons historiques ou pratiques, on a voulu soustraire l'activité des organes de l'État au contrôle juridictionnel [...] Cette simple observation suffit à souligner l'insuffisance rationnelle d'une explication qui demeure purement verbale» (28).

En outre, et du point de vue de la technique juridique, comme on a déjà pu le constater, il est difficile de trouver des critères d'identification de l'acte de gouvernement. La jurisprudence se référa d'abord à celui du *mobile politique* (29), mais elle l'abandonna car cela prêtait le flanc à la critique en laissant à croire que la raison d'État pouvait avoir une place dans un État de droit (30). Une autre explication est ensuite proposée, elle est relative à la nature des actes en cause : seraient des actes de gouvernement ceux relatifs à la «fonction gouvernementale» en

(26) Duez (P), *op. cit.*, p. 13.
(27) Favoreu (L), «L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable», *Rev. fr. dr. adm*, 1987, p. 544.
(28) Duez (P) *op cit.*, p. 187.
(29) CE, 9 mai 1867 Duc d'Aumale et Michel Levy, *Rec* 472, conclusions Aucoc ; *S*, 1867, 2, 124, conclusions Aucoc, note Chopin.
(30) L'abandon du mobile politique est concrétisé notamment par l'arrêt : CE, 19 février 1875, Prince Napoléon, Rec 155, *D*, 1875, 3, 18, conclusions David ; Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvolvé (P), Genevois (B), *op. cit.*, p. 29.

opposition à ceux relatifs à la «fonction administrative» (31). «Mais cette distinction trop imprécise ne correspond pas à la jurisprudence. Il est en effet difficile d'isoler dans les actes pris par l'exécutif ceux qui relèveraient de la fonction gouvernementale de ceux édictés dans l'exercice de la fonction administrative» (32). Actuellement, il n'y a qu'une «liste» et non une catégorie d'actes de gouvernement. On est en présence d'un domaine mouvant aux frontières mal déterminées . Cette situation est préjudiciable à la sécurité juridique et porte atteinte au principe de légalité.

Le contrôle de ces actes s'impose donc, mais il reste cependant à déterminer quelles sont les autorités qui devraient en être chargées, et quelle devrait être l'étendue de leur contrôle.

B - La détermination de l'organe chargé du contrôle

Il est souhaitable et nécessaire que ce soit une autorité juridictionnelle, car elle seule dispose de l'indépendance ainsi que des méthodes d'examen adéquates à l'exercice d'un contrôle offrant toutes les garanties de sérieux et d'objectivité. Cependant, il reste à déterminer si la juridiction administrative peut être reconnue compétente ou s'il est préférable de confier cette tâche au juge constitutionnel.

La compétence administrative est possible, sauf à considérer que l'on se trouve dans un domaine qui touchera souvent à la «haute politique» et qu'il sera préférable de faire intervenir un juge qui entretient des liens plus éloignés avec l'administration exécutive et qui n'a pas la «double casquette» de juge et de conseiller du gouvernement (33).

Cependant une compétence administrative reste concevable à une époque où ce juge fait prévaloir le traité sur la loi même postérieure, c'est-à-dire qu'il assujetti la volonté parlementaire au respect d'une norme internationale conformément aux prescriptions constitutionnelles (article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958). On ne voit pas quels scrupules pourraient lui interdire de porter une appréciation sur certains actes de l'exécutif, à condition qu'ils fassent grief et que les conditions de recevabilité inhérentes à tout recours contentieux soient présentes.

En toute hypothèse le Conseil d'État est loin de ces considérations, puisque dans l'affaire étudiée il indique expressément que la circulaire «échappe [...] à *tout* contrôle juridictionnel».

Si l'on est convaincu de la nécessité d'un contrôle, il faut donc en déterminer l'étendue. Les actes qui vont être contrôlés sont davantage de nature «politique» qu'«administrative» (34), il convient alors de laisser une certaine marge de manœuvre au pouvoir politique dans la conduite des affaires de ce type. Une difficulté surgit cependant : comment identifier l'acte qui est davantage politique et le soumettre ainsi à un régime particulier ? L'appréciation à mettre en œuvre sera largement empirique, et le juge disposera d'un pouvoir d'appréciation élevé. Il conviendra sans doute de s'interroger sur le fait de savoir si l'acte est dirigé essentiellement vers «l'ordre interne» ou vers «l'ordre international». Cependant, il est inévitable que tout acte pris par un gouvernement, même dirigé vers l'ordre international, aura un *minimum* d'effets dans l'ordre interne. Il s'agira, encore une

(31) Le professeur Chapus semble aller toujours dans ce sens *in Droit administratif général*, T.I, Monchrestien , Paris, 1992, p. 695.
(32) Debbasch (C), *Institutions et droit administratifs, Tome 2 : l'action et le contrôle de l'administration*, PUF, Paris, 1992, p. 228.
(33) Pour de plus larges développements concernant la compétence limitée du juge administratif, et en faveur de la compétence du juge constitutionnel cf. Favoreu (L), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, Pais 1965, p. 236 et ss.
(34) Si tant est qu'une distinction de la sorte soit opératoire.

fois, de trouver un équilibre entre le nécessaire respect dû par un organe étatique au droit et le nécessaire degré de liberté qui doit lui être accordé. C'est là une tâche que le juge administratif est habitué à accomplir. Il importe également de parer au reproche qui peut facilement surgir de «gouvernement des juges». Mais on s'en écarte en reconnaissant aux autorités exécutives un *large pouvoir discrétionnaire* dans les domaines qui sont actuellement qualifiés d'actes de gouvernement.

Le domaine d'application des actes de gouvernement est actuellement limité et tend à se restreindre ; cela est satisfaisant. Dans une hypothèse de soumission de ces actes à un contrôle —même minimum— il est souhaitable qu'il en demeure ainsi. Il serait sans doute dommageable que sous prétexte de mise en place d'un contrôle restreint on étende la catégorie des actes qui y sont soumis. Une telle situation constituerait un recul et non un progrès, elle risquerait de porter atteinte au principe de légalité conçu largement.

La jurisprudence —qu'elle soit constitutionnelle ou administrative— aura un rôle important à jouer. Il lui appartiendra d'affiner ses analyses lorsqu'elle aura dépassé le stade de l'irrecevabilité fondée sur l'incompétence d'une quelconque juridiction. Elle pourra ainsi délimiter plus précisément et pour chaque cas d'espèce l'étendue du contrôle admissible. Dans l'hypothèse où l'on estime qu'il appartient au juge constitutionnel d'intervenir, «la question est alors de savoir si le juge constitutionnel peut lui-même résoudre le problème en élargissant sa compétence, ou bien s'il est nécessaire de faire intervenir le législateur organique ou le pouvoir constituant ? C'est un problème complexe [...]» (35) que, dans le cadre de cette étude, on ne développera pas (36).

Un autre aspect doit être évoqué avant de conclure. Il est envisagé par le commissaire du gouvernement pour le cas où, contrairement à ses conclusions, le juge aurait qualifié la circulaire d'acte de gouvernement. Dans une telle hypothèse (qui s'est révélé être celle retenue par le juge) une question préalable devait être résolue d'après David Kessler. Celle de savoir si la qualification rendait la requête irrecevable ou la faisait considérer comme portée devant un juridiction incompétente pour en connaître. Cette distinction nous semble artificielle et de nature à introduire un élément sans grand intérêt pour le résultat de l'instance. En effet ne peut-on pas considérer que «l'irrecevabilité [puisse] résulter de l'incompétence du juge» (37). C'est d'ailleurs la solution qui est majoritairement retenue par la jurisprudence et qui l'a été en l'espèce.

On ne peut également que regretter les lenteurs de la justice administrative française. La circulaire incriminée date du 24 septembre 1990 et il a fallu aux requérants attendre le 23 septembre 1992 —soit presque deux ans jour pour jour— pour obtenir une réponse du juge. Un tel délai ne semble pas respecter la notion de «délai raisonnable» retenu par l'article 6-1 (38) de la Convention européenne des droits de l'homme et dont la non observation a déjà entraîné plusieurs condamnations de la France.

En conclusion, l'attitude du Conseil d'État apparaît critiquable en l'espèce. Elle permet de laisser des champs de l'action gouvernementale soustraits à un contrôle juridictionnel. Elle va plus loin d'ailleurs que la simple constatation d'une incompétence de la juridiction administrative, puisqu'elle affirme l'incompétence de *toute* juridiction. Les actes en cause ne pourraient donc être contrôlés par aucun juge,

(35) Favoreu (L) , *Rev. fr. dr. adm*, 1987, p. 546.
(36) Pour d'autres développements cf. Favoreu (L), *Ibid.*
(37) Favoreu (L), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, Paris 1965, p. 171.
(38) «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... dans un délai raisonnable, par un tribunal... qui décidera... des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil...».

qu'il soit constitutionnel ou d'une autre nature. Cette proclamation n'a certes d'effets que pour le juge administratif, mais elle est révélatrice d'une conception qui admet que certaines activités ressortissent à ce qu'il faut bien qualifier de «raison d'État». De telles affirmations semblent incompatibles avec la construction d'un État de droit, dans lequel tout comportement doit pouvoir être confronté à la norme qui lui sert de guide. Cette norme existe, qu'elle doive être recherchée dans la loi ou dans des règles à valeur constitutionnelle. Mais, si l'on pose le principe du contrôle, cela ne veut pas dire pour autant que son exercice sera exclusif de toute prise en considération de la nature particulière des actes qui peuvent lui être soumis.

Les procédures contentieuses —qu'elles soient administratives ou constitutionnelles— permettent au juge de moduler le degré de son contrôle en fonction de la nature et de l'étendue du pouvoir qu'il veut reconnaître à l'autorité contrôlée et qu'il déduit de l'interprétation du droit en vigueur. Ainsi si le pouvoir est discrétionnaire, le contrôle sera plus faible que si la compétence est liée.

Un contrôle, même minimum, permet de faire respecter des «normes impératives» qui constituent l'essence même de toute organisation sociale et qui ne peuvent être méconnues sous peine de porter atteinte au socle de l'édifice juridique. Ce contrôle s'impose en toute hypothèse, quelle que soit l'activité en cause.

S'agissant de l'acte de gouvernement, l'incompétence invoquée par le juge doit cesser. Elle pourrait être avantageusement remplacée par l'attribution au gouvernement d'un large pouvoir discrétionnaire, et sa soumission en conséquence à un contrôle restreint. Cela permettrait de simplifier considérablement la tâche du juge et des commissaires du gouvernement. Ils n'auraient plus à se livrer à des longs exercices d'analyses sur la nature détachable ou non détachable d'un acte, et à utiliser un raisonnement souvent marqué par son caractère empirique. L'utilisation des semblables méthodes par le juge crée une incertitude chez le justiciable quant à l'appréciation exacte de ce qui sera le droit positif, ce qui porte atteinte au caractère contraignant de la norme de droit. En outre, ce qui fait la force d'un système juridique et la cohésion d'une organisation sociale c'est également le degré d'appréhension aisée par les citoyens des règles qui doivent régir leur comportement. Le fait qu'il subsiste encore des actes qualifiés «de gouvernement» contribue à la permanence d'une sorte de vide juridique préjudiciable à la construction d'un État de droit.

ANNEXE

Conseil d'État, 23 septembre 1992, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), requêtes n° 120437 et 120737, MM. Robineau, rapp ; Kessler, c. du g.

Arrêt

Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre la même circulaire ; qu'il y a lieu de les joindre pour être statué par une seule décision ;

Considérant que la circulaire en date du 24 septembre 1990 par laquelle le ministre de l'Éducation nationale a demandé aux établissements d'enseignement supérieur de suspendre toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et d'interdire aux ressortissants de ce pays de s'inscrire pour l'année universitaire 1990-1991 n'est pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échappe ainsi à tout contrôle juridictionnel ; que, par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des requêtes du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et du Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) tendant à l'annulation pour excés de pouvoir de cette circulaire ;

Décide :

Art. 1er : Les requêtes du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et du Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) sont rejetées.

R.R.J. 1993-2
Pages 677 à 687

- III -

ACTUALITÉS DOCTRINALES

"L'ESPRIT DU DON"

Jacques E. GODBOUT
en collaboration avec Alain CAILLE, éd. La Découverte, coll. Textes à l'appui,
345 pages, 1992

Présentation par
Alain SÉRIAUX
Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Directeur du Laboratoire de Théorie juridique

Les juristes soucieux de réfléchir sur les fondements et le domaine de leur discipline devraient accueillir avec enthousiasme cet ouvrage remarquable sur le fond, clair en la forme et d'une lecture extrêmement stimulante. La combinaison de ces qualités est si rare que nous n'avons pas hésité un seul instant à cesser momentanément toute autre activité pour lui consacrer quelques modestes réflexions. Nous le faisons d'autant plus volontiers que nous y avons trouvé, au fil de sa lecture, quelques remarques consolantes (ceux qui nous connaissent comprendront pourquoi) du genre : "Aristote est probablement le premier et, pendant 2.500 ans, le plus grand théoricien du don" (p. 145) ou encore "le mariage fonde la société" (p. 305). De la part d'auteurs dont nous ne pouvons discerner l'horizon intellectuel tant leur ouvrage est objectif, de telles affirmations tranquilles et fondées sont d'authentiques joyaux.

L'idée générale qui préside à la confection de cet ouvrage est de prolonger et d'approfondir la réflexion entamée par l'anthropologue Marcel Mauss dans son célèbre article "Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques" (in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1985, p. 145-279). Mais même si soixante pages environ sont consacrées aux diverses discussions entre ethnologues sur la signification du *Potlatch* ou de la *Kula*, l'essentiel n'est pas là. Il réside dans la démonstration -tout à fait convainquante - que le "système" du don continue d'exister dans nos sociétés modernes, parallèlement au système purement économique du marché. Certes, le don appelle le don, mais il ne s'agit pas, comme dans le marché, d'un contre-don monétaire immédiat. Au contraire, l'une des thèses centrales de ce livre est que "le don instaure et nourrit un lien social libre, le marché libère, en nous extrayant du lien social ; autrement dit sa liberté consiste à nous libérer du lien social lui-même, engendrant ainsi l'individu moderne, sans lien, mais plein de droits et de biens" (p. 268). Le don est ainsi une "opération au service du lien" (p. 246). On le retrouve partout où le marché n'a pas réussi à imposer ses lois d'uniformisation sociale et de désincarnation des rapports entre les personnes : dans la famille, dans les relations de (bon) voisinage, de camaraderie ou d'amitié, dans l'hospitalité, etc.... Ces hauts-lieux du lien et du don risqueraient d'ailleurs d'être radicalement pervertis (et, par suite, de dépérir) si l'on y introduisait les lois du marché. "Les rapports du couple, soulignent finement les auteurs, permettent

d'illustrer cette affirmation : un couple qui vise l'égalité dans la répartition de l'ensemble des échanges est un couple dont la dynamique l'entraîne vers la rivalité permanente, vers l'établissement d'un rapport marchand, et vers la rupture. Il peut certes exister une phase de ce type dans l'évolution d'un couple. Mais celui-ci doit la dépasser et atteindre le stade du rapport de don, c'est-à-dire un rapport où *chacun* considère qu'il reçoit quelque chose d'unique, qu'il ne pourra de toute façon jamais rendre tout ce que l'autre lui donne, en sorte que les deux partenaires ont l'impression de devoir plus qu'ils reçoivent" (p. 253). De même, pour la femme, ce symbole du don ("De toute évidence, il existe quelque chose de particulier, un lien spécial entre la femme et le don", p. 54), mettre un enfant au monde, c'est lui donner la vie, c'est se donner à lui pour le nourrir, l'éduquer, l'accompagner de son amour durant toute sa vie. L'enfant, son enfant, elle le perçoit elle-même comme un don qui l'oblige à donner à son tour. Aussi, "le don suit la naissance. C'est pourquoi il loge aujourd'hui dans l'intimité et s'éteindra peut-être avec les bébés éprouvettes, lorsqu'on sera arrivé à prévoir le sexe de l'enfant, son QI, sa taille, etc., lorsqu'il n'y aura plus de surprise, autrement dit lorsque le bébé sera un produit, et la naissance une production" (p. 210). Ces relations de don qui génèrent et nourrissent le lien (ou qui sont générées et nourries par lui) peuvent même exister entre l'homme et son environnement naturel. "Avec les animaux, les sociétés de chasseurs échangent une vie contre une vie. Ainsi, en Sibérie, on va mourir dans la forêt pour nourrir les bêtes". Mais le marché est là qui guette : "on propose donc aux Inuit de passer d'un système de don entre eux et les caribous à un système marchand, où le caribou est transformé en objet (...). Commercialiser le caribou est un geste d'une grande violence pour les Inuit, qui entretiennent un rapport personnel avec l'animal. Il faudra le traiter comme un objet dorénavant, en arriver peut-être, comme le moderne, à avoir le cœur trop sensible pour le tuer soi-même (...). C'est la grande rupture avec le cosmos, avec le fait d'appartenir à un monde plus vaste dont font partie les caribous" (p. 301-302). Même lorsque les lois du marché paraissent l'emporter, il est des cas où celles du don continuent d'exister, juxtaposées : le pourboire que l'on donne au serveur, les applaudissements que l'on décerne à l'artiste pour le remercier non pas de l'exécution de son œuvre (à laquelle on a droit si on l'a payé) mais de ce qu'il a mis *de sa personne* dans cette exécution et pour le bon moment que, *grâce* à lui, nous avons passé (les pages 119-127 consacrées au "marché de l'art" sont fort bien venues). L'État lui-même conjugue ses forces avec le marché pour rendre le don anonyme et obligatoire et lui ôter ainsi sa charge de liens interpersonnels. Qu'on n'aille cependant pas croire que nos auteurs sont hostiles à l'État ou aux règles du marché. L'élimination de l'État ou du marché serait, d'après eux, "non seulement impossible, mais aussi très néfaste, car une grande société (statistiquement parlant) a besoin de l'appareil étatique et du marché. Le don, à leur place, entraînerait des phénomènes de domination personnelle particulièrement graves, des effets pervers de clientélisme qui nous sont tous familiers. Car une grande société, par définition, comprend nécessairement une proportion importante de liens entre inconnus et étrangers. Or, l'État et le marché sont de bons systèmes pour traiter ce type de rapport, pour faire circuler les choses et les services entre étrangers, ou maintenant la valeur de lien constante, ou plutôt en ne la faisant pas intervenir" (p. 270-271).

Un autre apport important de l'*Esprit du don* consiste justement dans l'ébauche d'une réflexion de qualité sur le sens même du don. Dans son principe, le don suppose chez le donateur un supplément d'âme ; il dépasse le pur calcul rationnel pour s'élever au rang de l'instinctif, du purement spontané. Le donateur est comme "emporté". "Il est essentiel à tout don, disent les auteurs, de contenir un élément de spontanéité qui le situe hors des normes et fait qu'il n'est pas vécu comme un phénomène purement volontaire. Il y a toujours dans le don quelque

chose qui emporte le donateur, qui lui échappe" (p. 141). Toujours chez le donateur, l'on trouve aussi la joie de donner : "le don est rarement triste ! Il y a retour immédiat dans le plaisir du don, constatation sur laquelle on fait le plus souvent l'impasse et qui peut commencer à faire comprendre la gratuité. Elle explique que le retour ne soit pas voulu, qu'il arrive par surcroît, parce que le plaisir du geste suffit souvent à justifier le don pour son auteur" (p. 256). Ainsi, MM. Godbout et Caille s'inscrivent-ils en faux contre ce qu'ils appellent eux-mêmes le paradoxe du don et qu'ils résument ainsi : "Premièrement, le don n'attend rien en retour ; qui dit don dit gratuité. Or, il y a retour dans tout système de don. C'est la constatation et la grande source d'étonnement de Mauss et l'objet central des études sur le don depuis lors. Donc, ou bien le don n'est pas gratuit, ou bien le don n'existe pas" (p. 249). En réalité, le don gratuit -seul don *stricto sensu*- existe bel et bien, car même si le don est inscrit dans un système d'échange (différent du marché), il est en lui-même un "geste gratifiant" pour le donateur, en dehors de toute attente d'un contre-don. "C'est peut-être le sens profond du mot gratuité qui a été inversé par la logique marchande : un don gratuit gratifie celui qui le fait autant que celui qui le reçoit (...). Il y a des dons gratuits au sens que, pour celui qui les fait, le geste est entièrement satisfaisant en lui-même et sans nécessité de retour" (p. 259).

Tout ce que nous avons tâché de retracer jusqu'ici (ainsi que beaucoup d'autres points de détail que nous sommes malheureusement obligés de passer sous silence) emporte notre adhésion la plus totale. C'est du nanan. Nous aimerions à présent faire quelques remarques plus personnelles sans esprit de système. Tout d'abord, comment expliquer que le don appelle le don, ce qui, nous venons de le voir, a conduit certains à nier l'existence de la gratuité et donc du don lui-même ? En d'autres termes, si nous supposons un donateur initial, qu'est-ce qui peut obliger le donataire à donner à son tour ? Nous admettons bien, avec les auteurs, que celui qui donne le premier puisse trouver sa "compensation" dans l'acte même de donner ; nous voulons bien également (quoique cela nous paraisse plus discutable), que, chez le donateur, "le retour et l'attente de retour ne sont ni absents ni ignorés ; mais ils ne sont pas explicités" (p. 261), et qu'il prenne volontiers "le risque qu'un don ne soit pas rendu" (p. 264). Mais cela ne permet pas de comprendre pourquoi le don reçu engendre chez le donataire qui en prend conscience (car il y a beaucoup de dons très discrets, qui passent inaperçus) un sentiment d'obligation de donner à son tour à qui lui a donné. À cette question, MM. Godbout et Caille n'apportent pas de réponse vraiment claire. Mieux : ils paraissent admettre, comme l'a fait d'ailleurs Marcel Mauss, que le devoir de retour, lorsqu'il s'exprime, fait rentrer le "système du don" dans une logique de l'échange. Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi. Le contre-don n'est pas l'expression d'une dette de *restitution* ; il est, ce qui est très différent, la manifestation d'une dette de *reconnaissance*. Une telle dette s'oppose traits pour traits à celle de restitution. Saint Thomas d'Aquin a, une fois de plus, parfaitement mis en relief cette différence dans quelques pages bien senties de la *Somme théologique* (IIa-IIae, q. 106). La dette de restitution est une dette de justice ; par suite "elle doit être acquittée tout de suite, car l'égalité essentielle à cette vertu serait violée si le débiteur retenait ce qui appartient au créancier sans l'agrément de celui-ci" (*op. cit., loc. cit.*, art. 4, ad. 1). Pour la même raison, elle doit se mesurer sur ce qu'on a reçu, ni plus ni moins : "la récompense doit être égale au bienfait reçu" (*ibid.*, art. 5). Au contraire, la dette de reconnaissance ou de gratitude peut et même doit attendre : "Quant au don, il faut attendre le moment où la reconnaissance sera la bienvenue. Une reconnaissance qui prétend payer sa dette tout de suite, même à contretemps, n'est pas vertueuse" (*Ibid.*, art. 4). Peu importe la valeur matérielle du bienfait reçu : "la récompense de reconnaissance doit faire plus attention aux sentiments du bienfaiteur qu'à la valeur du bienfait" (*Ibid.*, art. 5). Si, en règle générale, le contre-

don doit surpasser le don initial (*Ibid.*, art. 6), ce qui compte avant tout c'est l'esprit dans lequel il est fait : même s'il ne peut surpasser le don initial, "la volonté d'exprimer sa reconnaissance suffirait à celle-ci" (*Ibid.*, art. 6, ad. 1). En somme, "ce qui importe dans la vertu cardinale de justice, c'est l'égalité matérielle, dans la vertu de reconnaissance, c'est l'égalité spirituelle, en ce sens que la volonté empressée du bienfaiteur qui agit de plein gré soit égalée par celle de l'obligé qui paye plus que sa dette" (*Ibid.*, art. 6, ad. 3). L'exemple bien observé par nos auteurs du canadien qui accourt pour rembourser immédiatement l'un de ses compatriotes qui a donné une modeste somme à son fils sans esprit de retour explicite clairement la différence dont nous parlons. Il illustre parfaitement la formule de Sénèque, que cite Saint Thomas, "celui qui se dépêche de rendre n'a pas le cœur d'un homme reconnaissant, mais d'un débiteur". Mais nous n'avons toujours pas expliqué pourquoi le don appelle le don, génère la reconnaissance (différente de la restitution). Saint Thomas suggère une réponse : "le titre de bienfaiteur donne droit à l'honneur et au respect, *puisqu'être bienfaiteur, c'est, dans une certaine mesure, être principe* ; de plus, et si les circonstances le réclament, il doit être secouru et assisté dans ses besoins" (*Ibid.*, art. 3). "Être principe", c'est-à-dire, pensons-nous (et nous rejoignons nos auteurs), créer du surplus, apporter un supplément d'âme, de la gratuité. En d'autres termes : faire plus qu'il n'est dû en stricte justice (ou, si l'on veut, accomplir *toute* justice car "la justice, à son point de perfection paraît tenir de la nature de l'amitié", enseigne Aristote). En langage plus moderne, nous dirons que celui qui donne en premier ajoute au bien qu'il transmet (qui appartient à l'ordre de l'avoir) cette plus-value qui est sa personne même (qui appartient à l'ordre de l'être). Par là, il fait *naître* celui qui reçoit en *créant* directement un lien de personne à personne au-delà de la médiation (qui est tout à la fois trait d'union et séparation) de l'objet reçu ; il devient "principe" : père. Le donataire lui doit la vie ou, plus exactement, un supplément d'être. Le donateur lui-même bénéficie joyeusement de ce supplément puisqu'il devient père. Il y a co-naissance. Si le donataire donne à son tour (ce qu'il peut toujours refuser de faire), il y a re-connaissance : un *lien* intime se crée entre les deux, un lien d'authentique sociabilité. Savoir créer des liens soit en offrant le don, soit en l'acceptant en se mettant ainsi en position d'appartenance, soit en donnant à son tour en mettant le donateur dans la même situation, cela n'est rien d'autre que l'amitié.

Nous pouvons maintenant franchir une étape de plus. Revenons au donateur. Pourquoi donne-t-il ? Pour le plaisir du don, nous disent MM. Godbout et Caille. Certes, mais d'où lui vient ce plaisir ? Eh bien, nous n'hésiterons pas à dire que ce plaisir tien au fait qu'il a le sentiment d'acquitter lui aussi une dette de reconnaissance. C'est d'ailleurs ce que disent les auteurs de l'*Esprit du don* : "Même dans la bénévolat, considéré souvent comme le type même du don gratuit, les bénévoles rendent : ils donnent parce qu'ils ont beaucoup reçu" (p. 139). C'est là le moteur du don. "S'ils reçoivent souvent plus qu'ils ne donnent" (*Ibid.*), il y aura certes encore plus de plaisir (parce que l'on naît à soi-même), mais cela vient en second. Or, si nous admettons, comme nous le soutenons, que tout don "initial" n'est finalement que la manifestation d'un contre-don, nous voici dans l'obligation de remonter jusqu'à un don *radicalement* premier, qui ne soit aucunement justifié : purement gratuit. Ce don-là existe-t-il ? Oui : c'est le don d'un dieu, le don de Dieu. Nous n'irons pas plus avant car nous pénétrons ici dans le domaine propre à la théologie : Dieu qui crée, Dieu qui rachète en donnant sa vie sur une croix, Dieu qui pardonne, Dieu qui se donne chaque jour à nous, chrétiens, dans la Sainte Eucharistie, Dieu qui est le Don incréé et substantiel en la personne du Saint Esprit. Comme on le voit, il y aurait ici beaucoup à dire et à apprendre sur le don, mais nous serions aussi aux portes de l'indicible : "*si scives donum Dei*" répond le Christ à la Samaritaine (*Jean*

4, 10). À la racine de toute réponse à une vocation divine se trouve sans doute cette perception plus ou moins claire que le Don appelle le don. Tel est l'esprit du don.

Il y aurait encore bien d'autres choses à ajouter. *Quid* du pardon, ce parachèvement du don ou de l'abandon, ce stade suprême où l'on ne sait plus qui donne et qui reçoit ? *Quid* du don à l'étranger, à celui qui de prime abord ne nous est rien mais en qui nous reconnaissons (encore) notre frère ? Pourquoi fuyons-nous "le regard du mendiant" et nous éloignons-nous "rapidement après avoir donné" (p. 260) ? En quel sens la femme est-elle, comme épouse d'abord et comme mère ensuite, une instance privilégiée du don ? Pourquoi exiger, comme dans nos dispositions légales à venir, l'anonymat du don de sperme, voire de toute autre partie du corps humain ? Y a-t-il des principes du don qui participent dans une mesure plus pleine du don divin ? *Etc.* À toutes ces questions ce beau livre apporte de précieux éléments de réflexion qui en font, nous semble-t-il, un travail incontournable, une étape importante dans la compréhension de "système" du don. Nous aimerions vraiment qu'il fût lu et médité. Terminons sur deux idées que les auteurs reprennent à leur compte. L'une est belle et profonde ; elle est de Bob Dylan : "celui qui n'est pas occupé à naître est occupé à mourir". L'autre est superbement idiote ; elle est d'un certain Hofstadter : "l'élimination de la possibilité de paradoxes conduit à une pensée dénuée d'intérêt". En vérité, c'est tout le contraire : les pensées vraiment intéressantes sont celles qui tentent justement de résorber les paradoxes en une synthèse plus élevée. Cet ouvrage en est un exemple palpable. À propos, que les auteurs nous pardonnent mais Aristote demeure, aujourd'hui encore, le plus grand théoricien du don ; Marcel Mauss n'a fait en réalité que brouiller les pistes.

"LA VIE PRIVÉE, UNE LIBERTÉ PARMI LES AUTRES ?"

François RIGAUX
(avec le concours d'Y. Poullet, X. Tunis, T. Léonard)
Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 17, Larcier éditeur,
317 pages, 1992 (*)

Présentation par
Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Voici entourées d'une contribution collective sur la protection des données nominatives (Y. Poulet, T. Léonard) et d'un hommage à F. Rigaux par X. Thunis, une série de leçons prononcées par le grand spécialiste belge de la protection de la vie privée. La réflexion, nourrie de nombreuses références à Kant et à Kelsen dont les œuvres sont largement évoquées dans le "séminaire de clôture" ("Le droit entre un en-deça et un au-delà"), embrasse les normes constitutionnelles et internationales de proclamation des droits fondamentaux, objet de la deuxième leçon ("Le contrôle de la légitimité constitutionnelle ou internationale de la loi et des décisions judiciaires") et aborde le droit pénal aussi bien que le droit des personnes et de la famille (quatrième leçon dévolue aux "biens de la personnalité des mineurs et des détenus").

La première leçon remonte opportunément aux origines anglo-américaines du "right of privacy" (le "case" anglais Abernethy v. Hutchinson, en 1825, précède de vingt ans l'affaire Lacordaire, Lyon 17 juillet 1845, S 1845, 470, elle-même très antérieure à la première manifestation allemande des droits de la personnalité, l'arrêt du Reichsgericht du 28 décembre 1899 à propos de la photographie de Bismarck sur son lit de mort). Cette leçon d'ouverture a le mérite de nous montrer la double fonction du droit à la vie privée, fonction de suppléance (tant qu'il n'y eut pas le droit moral reconnu à l'auteur, la "privacy" y pourvut, cf. l'arrêt Prince Albert v. Strange, 1849, à propos de l'album d'esquisses de la reine Victoria) et fonction explicative, permettant de regrouper des cas disparates jusque-là justiciables de normes traditionnelles du droit positif (cf. en France le recours à l'article 1382 avant la loi du 17 juillet 1970 ; aux États-Unis, De May v. Roberts, cour sup. Michigan, 1881, l'un des points de départ de la doctrine de la "privacy", se fondait en réalité sur la notion de "trespass"). C'est aussi cette première leçon qui pose la conception de la vie privée qu'a François Rigaux, celle d'un "conglomérat d'attributs du sujet sur lui-même", d'une "liberté qui a pour objet la personne humaine dans sa singularité". Pour prendre toute la mesure de cette conception, c'est cependant la cinquième leçon ("La doctrine des droits de la personnalité") qu'il faut lire. F.R. récuse l'idée du droit de la personnalité comme droit subjectif absolu construit sur le modèle du droit de

(*) Ce compte-rendu fera également l'objet d'une publication à la Revue trimestrielle de droit civil.

propriété, faisant du sujet le maître de sa personne ainsi que de ses biens. La maîtrise par l'homme de son corps impliquerait la reconnaissance d'un véritable droit au suicide, ce qui était d'ailleurs la principale critique de Savigny à l'égard des droits de la personnalité. Au contraire, et il s'en explique ensuite (sixième leçon, "La distinction entre les droits subjectifs patrimoniaux et les biens extrapatrimoniaux")", F. Rigaux estime que le corps humain "ne saurait constituer la matière d'un droit individuel, mais quand un tiers y porte atteinte, la loi protège l'intérêt du sujet à sa conservation, intérêt qui ne se laisse pas dissocier de l'intérêt général". Aussi bien, selon l'auteur, "le prétendu droit de la personnalité n'est pas la maîtrise exercée par le sujet sur l'ensemble de ses attributs personnels (...) il y va seulement d'un intérêt trouvant sa source dans la liberté individuelle, et qui n'est appréhendé par le droit étatique qu'au moment où cet intérêt entre en conflit avec un intérêt concurrent". On serait tenté de rétorquer qu'un concept en droit n'a pas besoin d'être "vrai" mais opérationnel, et que, si les droits subjectifs de la personnalité n'existaient pas, il a été utile de les inventer (comme la notion même de droit subjectif, probablement...). Si, contrairement à Windscheid, Jellinck se récriait devant les "droits sur la propre personne", et ne voulait pas que la vie, la santé, l'honneur, soient des biens que l'homme possède, n'est-ce pas parce que c'eût été les laisser échapper au contrôle de l'État... et que Jellinck était avant tout un publiciste ?

On s'en rend compte, le propos de F. Rigaux, s'il englobe la protection de la vie privée, s'élargit à des considérations beaucoup plus générales. À ce titre, ce sont peut-être la troisième leçon ("La liberté du sujet quant à son corps face aux valeurs fondamentales du droit et de la morale") et le séminaire de clôture qui vont au plus loin et au plus profond. F.R. constate la "morale empirique" prônée par la Cour européenne des droits de l'homme (principalement l'arrêt Dudgeon, 23 septembre 1981, condamnant l'incrimination pénale de l'homosexualité, alors que la Cour suprême des États-Unis, dans Bowers v. Hardwick, en 1986, a refusé d'aller aussi loin). La Cour européenne fait "comme si un jugement majoritaire" (l'est-il d'ailleurs ?) "se trouvait revêtu d'une signification éthique" : ce n'est pas de la morale, ce ne sont que des opinions (données pour dominantes dans une société déterminée). Ainsi la Cour suprême des États-Unis a-t-elle, pour sa part, admis de manière extrêmement libérale le droit d'accès à la contraception et à l'avortement, pour l'adulte (Rose v. Wade, 1973, parle de "personal, marital familial and sexual privacy") puis même sans accord des parents pour la mineure douée de discernement (Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 1976). Certes il s'agit non d'un droit absolu et inconditionnel mais d'une "ordered liberty" et les États de l'Union peuvent invoquer un intérêt général suffisamment impérieux pour y apporter des limites. On est cependant loin de la morale traditionnelle, dont on peut continuer à penser, en s'appuyant par exemple sur les "éléments pour une éthique" de Jean Nabert (Aubier-Montaigne, Paris 1962), cités par F.R., que son respect pour les institutions du mariage et de la famille, correspond au penchant naturel véritable de l'individu, "l'institution" devant être selon Nabert "la tutrice de la tendance, la (redresser) pour lui permettre de s'orienter librement dans le sens de son plus profond désir", de "la régulation qu'elle se donnerait à elle-même (si elle était) pleinement informée de soi". D'autres penseront que cette conformité à un supposé "penchant profond" est une illusion de moraliste prenant ses désirs pour des réalités. Quoi qu'il en soit on doit se pencher sur le "séminaire de clôture" et les rappels qu'il propose de la distinction entre morale et droit et des diverses conceptions du droit naturel. Comme beaucoup de grands juristes belges, F.R. a lu les philosophes et les possède à fond. Il est néanmoins permis de trouver un peu injuste sa critique du "droit naturel secondaire" (ou dérivé) d'inspiration aristotelico-thomiste. Il estime que, n'observant plus les seules "lois naturelles" (ou physiques) mais des faits de nature sociologique

et des règles déjà existantes, en somme des institutions sociales -mariage, propriété, contrat- le droit naturel dérivé recèle une ambiguïté qui est de "porter un jugement normatif métajuridique sur des institutions existantes, conférant ainsi au droit positif un surcroît de validité que certaines d'entre elles ont cessé de mériter". Que certains jusnaturalistes soient des positivistes qui s'ignorent... on en conviendra, et aussi que le droit naturel "dérivé" ne soit pas sans ambiguïté (celle de son appellation : car en vérité il est passé de la "nature" à la "culture"). Tout de même : la justification mal à propos de certaines règles positives, qu'incrimine F.R., concerne l'esclavage. Les "pères" du droit naturel dérivé l'ont en effet justifié ; mais on ne saurait limiter à cela leur doctrine ! À ce "droit naturel objectif", F.R. oppose un "droit naturel prospectif", qui, d'inspiration subjectiviste, confère à tout être humain des droits innés et inaliénables que les sociétés politiques ne peuvent lui ôter : c'est cette idée qui a inspiré les instruments internationaux et constitutionnels d'affirmation des libertés fondamentales, et F. Rigaux y voit un droit tourné vers le futur, porteur d'une volonté de changement. La notion d'"ordered liberty" à laquelle nous voilà ramenés, est sans doute, globalement, une fort bonne chose. Mais, au-delà du sentiment que telle ou telle admission de ces libertés "va trop loin" (c'est, après tout, affaire de conviction personnelle), on ne peut se défendre d'une autre sorte d'inquiétude : la garantie, et la limitation, de telles libertés, dépendent en partie de juges internationaux, constitutionnels, ou "suprêmes", qui sont, pour l'équité quotidienne, des personnages terriblement lointains.

DÉPÔT LÉGAL 2ème Trimestre 1993

I.S.S.N. 0249-8731.

— Anne ENSMINGER, Saisir le vif : contours et couleurs croqués par le droit de la route.

—Xavier AGOSTINELLI, Société et cautionnement.

— Geneviève KOUBI, Le droit à la différence, un droit à l'indifférence.

— Maurice-Pierre ROY, Madagascar. La Constitution de la troisième République du 19 août 1992.

— Didier JEAN-PIERRE et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Le principe de l'égalité des armes.

— Patrice COLLAS, Souveraineté des États et entreprises supranationales.

— Éric GASPARINI, La greffe d'une institution italienne : Le Podestat dans les statuts communaux corses (XIIème-XVème siècles).

— Solange SEGALA, Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité.

Le droit face au pluralisme

— Nobert ROULAND, Le pluralisme juridique en anthropologie.

— Jacques VENDERLINDEN, Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique.

— Alain SÉRIAUX, Pluralisme juridique et droit naturel.

— François RIGAUX, La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international.

— Alain BISSONNETTE, La redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada à l'aide d'une étude de cas.

— Gérard SOULIER, Droits des minorités et pluralisme juridique.

— Jean MALAURIE, Quelques réflexions méthodologiques.

II - Commentaires de décisions de justice

— Le contrôle de la mise en œuvre de la convention fiscale État-territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances.
Note Alain BOYER sous CE. Ass. 19 avril 1991, Faure.

— L'éternelle jeunesse de la notion d'acte de gouvernement.
Note par Jean-François POLI sous Conseil d'État, 23 septembre 1992, GISTI et MRAP.

III - Actualités doctrinales.

— E. GODBOUT « L'esprit du don » (présentation par Alain SÉRIAUX).

— François RIGAUX « La vie privée, une liberté parmi les autres ? » (Présentation par Emmanuel PUTMAN).

Aix - Imp. PAUL ROUBAUD - G

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

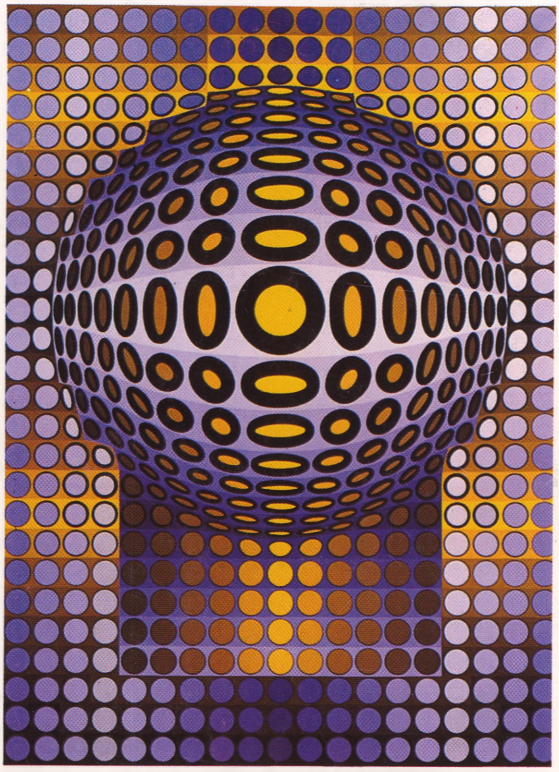


TABLE DES MATIÈRES

- **Éditorial**
- **Articles**
  - — Charles DEBBASCH, Où va l'Education ?
  - — Guillaume BACOT, Les monarchiens et la Constitution anglaise.
  - — Paul DUBOUCHET, Pour une théorie normative de l'institution.

(Suite page 4)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1993 - 3

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

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1993

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1993-3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N° XVIII - 54 (18ème année - 54e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (+)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

--*-*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1993

Abonnement de Soutien : 600 F
Abonnement (France) : 400 F
Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL 699

ARTICLES

- Charles DEBBASCH, **Où va l'Éducation ?** 703

- Guillaume BACOT, **Les monarchiens et la Constitution anglaise** 709

- Paul DUBOUCHET, **Pour une théorie normative de l'institution** 739

- Hans-Peter SCHWINTOWSKI, **Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites** 757

- Albrecht WEBER, **La révision constitutionnelle en Allemagne après l'unification allemande et le Traité de Maastricht** 777

- Joseph PINI, **Les "décisions administratives de droit privé" Contribution à l'étude de la notion d'acte administratif** 793

- Jean-François POLI, **La protection des biens culturels meubles par le droit communautaire** 847

- Claude GUEYDAN, **La coopération européenne en matière de lutte contre le terrorisme** 883

- Caroline SILVESTRE, **Le principe du contradictoire en procédure pénale** 913

- Itsuyo TAKISAWA, **Notion d'inopposabilité dans la publicité foncière. Réflexions sur le fondement du système français** 933

- Jean-Louis BEAUFORT, **La nullité d'une cession de valeurs mobilières réalisée en violation de l'article premier de la loi du 22 janvier 1988 - Mythe juridique ou réalité ?** 959

- Marc COTTINI, **La détermination de la valeur vénale des fonds de commerce par la méthode comparative directe : La jurisprudence rigoureuse de la Chambre commerciale de la Cour de cassation** 977

- Guillaume CHAMPY, **La nature frauduleuse de l'accès à un système de traitement automatisé de données** 991

- Isabelle FREIJ-DALLOZ, **La responsabilité en cas de paiement de chèques faux ou falsifiés**..... 1003

- Éric GASPARINI, **Un réformateur méconnu des finances publiques au XVIIIème siècle : le Marquis d'Argenson** 1025

ÉDITORIAL

BRAVO, LE CONSEIL D'ÉTAT !

Il faudra marquer d'une pierre blanche ce jour du 2 juillet 1993 où a été lue au Conseil d'État la décision d'Assemblée, **Milhaud**.

Celle-ci apporte un cinglant démenti à tous ceux qui pariaient sur le déclin de la fonction normative du juge administratif, ou qui prédisaient la mort du caractère prétorien du droit administratif.

Les faits étaient simples.

A la suite d'une affaire médicale qui avait défrayé la chronique hospitalière et judiciaire, affaire dite de "Poitiers", où une jeune femme était décédée mystérieusement sur la table d'opération, ou à peu près, intoxiquée par du protoxyde d'azote, un médecin d'Amiens, le docteur Milhaud, entreprit de son propre chef de vérifier les thèses en présence en procédant à une expérimentation sur un cadavre. C'était un jeune homme, accidenté de la route, en état de mort cérébrale, mais maintenu en survie somatique. L'expérience fut filmée. Les instances ordinaires furent saisies et sanctionnèrent l'intéressé, ce que confirmera la juridiction ordinale d'appel.

Saisi d'un pourvoi contre cette sanction, le Conseil d'État a dû trancher de très importantes questions.

La première était celle de savoir si le jeune homme était mort ou non.

Le Conseil d'État retient que la constatation de la mort clinique, qui n'avait pas été effectuée par le Docteur Milhaud, fut conforme aux prescriptions du décret du 31 mars 1978 qui fixent les modes de preuves dont la concordance permet d'établir la mort (deux artériographies et deux électroencéphalogrammes). Ce faisant, il adopte une position identique à celle du juge répressif qui, dans cette même affaire, a refusé d'apercevoir dans le comportement de ce médecin une infraction de coups et blessures car une telle infraction ne peut atteindre que des personnes vivantes.

La deuxième question était de déterminer si le code de déontologie médicale était applicable au cas de l'espèce.

En effet, le Docteur Milhaud soutenant s'être livré à des actes qui n'étaient pas répréhensibles au regard de la déontologie médicale puisque le code ne concerne que des êtres vivants et non des personnes décédées. Partant, aucune sanction ne pouvait lui être infligée.

Le Conseil d'État lui a donné raison : en particulier, les articles 2, 7 et 19 de ce texte, sur lesquels s'étaient appuyés les juges ordinaux, "*ne peuvent s'appliquer*

qu"à des personnes vivantes". Dès lors, le Conseil national de l'ordre des médecins a commis une erreur de droit sanctionnant l'expérimentateur.

Le vide juridique était-il complet ? Le mort était-il rendu à son néant ? C'était compter sans la vigilance de l'Assemblée du Palais-Royal, et la haute idée qu'elle se fait de sa mission civilisatrice, car le droit est une des composantes majeures de la civilisation française.

La troisième question était celle d'une "déontologie médicale de la mort".

Avec une élégance et une sobriété qui n'appartiennent qu'à lui, le Conseil d'État va proclamer : "*les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci*".

La formulation a l'inflexibilité marmoréenne d'une maxime de Chamfort ou d'un exorde de Bossuet. C'est toute une conception de l'être humain, de ses composantes, de l'unité profonde de son être, voire de sa destinée ultime qui se dessine en arrière-fond de cette décision.

Mais allant plus loin encore, le Conseil d'État va donner aux médecins une directive très claire d'action. Voilà qui soulagera Conseil de l'Ordre et Comité d'éthique. Il explique que deux hypothèses dérogatoires et deux seulement existent à ce principe.

La première est législative, c'est la loi de 1976 sur le prélèvement d'organes.

L'autre, imaginée le plus prétoriennement du monde par le juge, est que l'expérimentation *post-mortem* doit obéir, pour être légale, à trois conditions cumulatives : la mort doit avoir été constatée comme indiqué par le décret de 1978 précité, l'expérimentation doit répondre à une nécessité (le juge ne dit pas "besoin" mais "nécessité" ce qui est une exigence plus rigoureuse) scientifique reconnue, enfin, l'intéressé doit avoir donné son accord de son vivant, ou, à défaut, doit exister l'accord de ses proches. Le juge ne le dit pas, mais cela va de soi, le refus, par une personne, de son vivant, de toute expérimentation sur son cadavre constitue un empêchement dirimant à la réalisation de celle-ci.

On mesure le considérable effort constructif réalisé par ce qui demeurera l'une des "grandes" décisions de la jurisprudence administrative en cette fin du millénaire.

Qu'a voulu dire, et faire le Conseil d'État ?

Sans doute a-t-il entendu marquer les limites de certaines pratiques et de certains comportements. La science c'est bien joli, mais l'homme, la personne humaine, dans la diversité de ses composantes comme aussi dans l'unité profonde de son essence, c'est beaucoup mieux : c'est l'essentiel. Nos juges administratifs suprêmes ont crié, à certains trop zélés ou empressés devant la déesse science, "Arrière Tamino !".

C'est que par-delà le débat technique, se dessine un enjeu fondamental et terrible que la science contemporaine a fait sortir des spéculations des philosophes pour le jeter dans le quotidien vécu par tous : **qu'est-ce que l'homme ?**

Et le Conseil d'État, au rang qui est le sein, et conformément à la mission que lui assignent nos institutions, a donné sa réponse, claire et digne, comme il l'avait déjà fait pour le statut juridique de l'embryon (Assemblée, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres,* Rec. 368, concl. Stirn) pour qu'un jour nous n'ayons pas à rougir lorsque nous sera posée la question : qu'as-tu fait de ton frère ?

Jean-Claude RICCI

R.R.J. 1993-3
Pages 703 à 1019

ARTICLES

OÙ VA L'ÉDUCATION ?

Par

Charles DEBBASCH
Professeur agrégé des Facultés de droit
Doyen honoraire, Président d'Université honoraire
Président fondateur de l'Association nationale des Doyens des Facultés de Droit

I - RETOUR AU QUALITATIF

L'explosion de la demande éducative a conduit dans ces trente dernières années à un accroissement constant du budget de l'Éducation. Cette croissance était légitime pour permettre le passage d'un enseignement élitiste a une éducation de masse. Elle a eu cependant l'inconvénient d'enfermer le système d'enseignement dans une optique strictement quantitative. Le salut viendrait d'une augmentation constante des crédits affectés au ministère de l'Éducation Nationale. Administrateurs, parents, élèves, enseignants s'unissent pour revendiquer plus d'argent. Chacun s'accorde d'ailleurs à constater que "plus il y en a et plus il en manque" les plus pessimistes pensant à un tonneau percé et les plus optimistes imaginant que chaque franc donné à l'Éducation est un franc investi pour demain. Tout observateur objectif doit cependant constater que l'accroissement exponentiel des crédits de l'Éducation n'a résolu aucun des problèmes fondamentaux du système d'enseignement. L'échec scolaire est toujours aussi fort. Les établissements d'enseignement s'écartent de plus en plus du modèle égalitaire républicain, les différences de niveaux et de qualité sont de plus en plus sensibles. L'écart est toujours aussi grand entre les formations délivrées dans les écoles et les Universités et les emplois disponibles. Les enseignants sont toujours aussi mal dans leur peau et aucune augmentation indiciaire ne parait susceptible d'attirer suffisamment de candidats de qualité dans les postes offerts. Les problèmes d'ordre public dans de nombreux établissements d'enseignement sont importants et les incidents se multiplient d'autant plus choquants qu'ils touchent, dans leur intégrité physique ou morale ou dans leurs biens, des êtres jeunes et faibles. En s'enfermant dans le préalable du quantitatif, du toujours plus de crédits, l'école a oublié de réfléchir à sa vocation, à ses missions au qualitatif. Que l'on nous comprenne bien il ne s'agit pas ici de passer condamnation du mouvement irréversible de progrès de l'éducation dans les sociétés modernes et de rêver comme certains nostalgiques au retour en arrière vers une éducation élitiste. On pense au contraire que la demande éducative se développera et qu'il est légitime de s'attacher à la satisfaire. Mais la fuite en avant vers le quantitatif est une erreur monstrueuse. Le slogan de l'école devrait être *le qualitatif d'abord.*

Aucun système d'enseignement ne peut se maintenir s'il ne s'appuie sur un minimum de valeurs communes. L'école s'est voulue libertaire. Elle a cessé de diffuser des modèles de comportement. Comment dans ces conditions les maîtres et les élèves se retrouveraient-ils dans un système qui prétend diffuser de plus en plus de connaissances et de moins en moins de principes explicatifs ? Est-ce trop demander que l'école ose incarner et promouvoir les idéaux démocratiques tels qu'ils sont exprimés dans notre Constitution et dans notre tradition républicaine ? L'école est un cadre de liberté et de tolérance, un creuset d'intégration nationale aussi. Le sens moderne de la laïcité impose qu'une fois entrés dans l'établissement scolaire tous les enfants soient soumis aux mêmes règles de discipline et de comportement sans distinction de couleur ou de religion. Que ceux qui prétendent, au nom d'un libéralisme échevelé, transformer l'école en une sorte de Tour de Babel où chacun serait soumis à son statut personnel y prennent garde : de telles pratiques détruisent progressivement les établissements qui s'y adonnent et provoquent rapidement une évasion des élèves qui le peuvent vers d'autres écoles plus favorisées.

L'école doit promouvoir le savoir vivre ensemble et non le repli sur eux-mêmes des différents groupes sociaux ethniques ou religieux. Elle doit aussi permettre aux jeunes de découvrir les contraintes de la vie sociale et de faire l'apprentissage des disciplines qu'elle exige. Respect des biens publics et notamment des efforts importants que la collectivité accomplit pour construire et entretenir les locaux d'enseignement. Respect du bien d'autrui. Respect des maîtres. Découverte de l'effort et de l'esprit de compétition. Rien ne sert de l'admirer au football ou au tennis si on ne commence pas à le pratiquer dans les disciplines scolaires. Notre société paie à l'heure actuelle un demi siècle d'oubli de la mission fondamentale de l'éducation : former des citoyens responsables. Faut-il ajouter que le rappel de ces valeurs fondamentales ne coûte pas un centime et qu'il procurera au contraire des bénéfices considérables : moins de déprédations dans les établissements scolaires et dans les Cités, moins de maîtres qui quittent l'éducation dégoûtés par le désordre scolaire et l'hésitation sur leur mission, moins d'échecs scolaires aussi dés lors qu'auront été remis à leur juste place le sens de l'effort et de la discipline. Le qualitatif l'emporte sur le quantitatif.

La réflexion qualitative doit aller plus loin. L'école n'est pas une garderie. Elle doit transmettre aux jeunes les disciplines du langage, de l'écriture, de l'histoire et de la géographie, des sciences et plus généralement du savoir. Aucun allongement de la durée de la scolarité n'a de sens s'il signifie l'abandon par l'école de cette mission essentielle. C'est un objectif sain pour notre société que de vouloir toujours plus d'élèves mieux formés. C'est une aberration de se contenter d'avoir simplement toujours plus d'élèves sans se préoccuper de la qualité de leur formation. Si la scolarité allongée signifie une formation délayée voire évanescente la prétendue démocratisation est un leurre. L'éducation doit retrouver les valeurs d'une évaluation avec ses récompenses et ses sanctions. Elle doit savoir imaginer les voies de substitution pour ceux qui ne peuvent pas se plier aux disciplines fondamentales de l'éducation "de droit commun". C'est encore une fois du qualitatif qu'il faut pratiquer ici avec de l'imagination et sans a priori. Ce n'est pas en injectant toujours plus d'argent que l'on portera remède à l'échec scolaire mais en retrouvant les voies d'une école démocratique qui admet, comme la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, la distinction des capacités des vertus et des talents.

Le moment est venu d'un grand examen de conscience pour tous les décideurs du monde de l'éducation. Ne plus s'abriter derrière le paravent des crédits pour refuser toute modernisation de l'éducation. Accepter de découvrir les voies permettant de répondre dans la qualité à la grande soif sociale de savoir.

II - ENTRE LA CENTRALISATION ET LA DÉCENTRALISATION : POUR UNE DIVERSITÉ ORDONNÉE

Le système centralisé d'éducation à vécu. Il a succombé sous le poids de son propre gigantisme. Vouloir gérer de Paris la "plus grande armée du monde" était une aberration que chacun s'accorde à reconnaître. En fait, le système était atteint de deux maladies. L'unité de commandement à partir du ministère d'une machine sans cesse plus lourde. L'uniformité des structures qui veut que les établissements soient gérés à Dunkerque comme à Marseille, que les enseignements soient diffusés de la même façon à Strasbourg et à Perpignan. Aujourd'hui, chacun s'accorde sur un constat : il faut casser la machine de la rue de Grenelle et continuer à décentraliser vers les régions, les départements et les communes. L'État longtemps réticent ne trouve désormais que des avantages à cette décentralisation. Elle lui permet de transférer progressivement vers la base les lourds soucis de la recherche des crédits et de la gestion des équipements. Elle doit progressivement éviter les explosions globales périodiques du système qui ébranlent le pouvoir politique : le gouvernement Mauroy emporté par les manifestations en faveur de l'enseignement privé, la cote de l'équipe de cohabitation de Jacques Chirac négative à partir des agitations lycéennes, celle du gouvernement Rocard atteinte par la fièvre scolaire. Au moment où l'on charge la centralisation de tous les péchés il ne faut pas cependant négliger les avantages qu'elle a pu procurer : garantir une même offre d'éducation sur tout le territoire dans les régions pauvres comme dans les régions riches, favoriser une mobilité des élèves et des étudiants dans toute la France assurés de retrouver d'une région à l'autre des établissements analogues et des formations comparables.

L'heure cependant est à la décentralisation et ce mouvement est justifié. Il impose une révision drastique de la mission du ministère de l'Éducation Nationale. Celui-ci, dans sa forme actuelle, a vécu. Il ne peut plus être le centre de gestion des formations, des équipements et des carrières. Pour avoir trop longtemps voulu conserver cette apparence de pouvoir le ministère a négligé les fonctions essentielles qui doivent demain être les siennes et que l'on peut regrouper autour de trois pôles.

. Assurer, tout d'abord, la régulation de l'ensemble de l'appareil éducatif

Plus l'éducation sera décentralisée et plus il conviendra d'harmoniser, de coordonner, de définir des règles minimales communes. Même la Grande-Bretagne qui possédait le système le plus décentralisé en Europe s'attache, aujourd'hui, à recentraliser ce minimum qui assure la cohérence de l'Éducation. Il nous faut à présent l'inventer.

. Devenir le bureau d'études chargé de découvrir les voies de l'innovation éducative

Le ministère doit étudier les besoins en formation, aider à l'éclosion de filières nouvelles, favoriser les évolutions des formations désuètes, informer les usagers sur les emplois et les carrières, favoriser les mobilités géographiques.

. **Être un des principaux organismes d'évaluation et de contrôle**

Pour fournir au pouvoir politique et à la Nation une évaluation périodique du système éducatif. Pour contrôler le respect par les établissements d'enseignement décentralisés des règles fondamentales de qualité et de neutralité.

Cette fonction nouvelle d'un ministère rénové sera d'autant plus importante et d'autant plus exaltante que le système d'éducation sera dans l'avenir plus décentralisé.

Décentraliser cela ne signifie pas seulement remettre aux collectivités de base la responsabilité de la gestion. Cela veut dire davantage. Admettre une plus grande diversification de notre organisation scolaire et universitaire. Favoriser la naissance d'établissements aux structures différentes, aux recrutements variés. Développer à côté du système public d'éducation, un secteur privé diversifié. Pour répondre à l'immense demande d'éducation laisser éclore les cent fleurs de l'offre éducative.

Entre la centralisation étouffante et une décentralisation échevelée, il faut préparer les voies d'une diversité ordonnée.

III - QUELS CHOIX POLITIQUES ?

L'Éducation est un des domaines où la classe politique, toutes tendances confondues, parait désarmée devant l'ampleur des problèmes à résoudre. Le ministère de l'Éducation Nationale est considéré comme un poste dangereux à occuper, il sonne souvent le glas d'une grande carrière politique. L'administration de l'enseignement qui gère les crédits les plus importants du budget est considérée par les futurs énarques comme une carrière de second ordre.

L'éducation, comme naguère l'audiovisuel, était un des terrains où régnait jusqu'il y a peu une sorte de consensus mou entre la majorité et l'opposition : syndicats de droite et de gauche s'accordaient à défendre l'éducation centralisée, l'uniformité des formations et des établissements, le maintien des diplômes et des recrutements nationaux. Tous sont devenus aujourd'hui décentralisateurs avec plus ou moins de sincérité mais des évolutions importantes de doctrine se dessinent qui rendent peut-être davantage possible la modernisation du système éducatif.

La gauche se défiait hier de la professionnalisation des études et prétendait isoler l'appareil éducatif du système de production. Aujourd'hui, chacun s'accorde à reconnaître que l'éducation, si elle doit donner une solide culture générale, doit également nouer des relations étroites avec le monde professionnel pour adapter ses filières de formation et favoriser l'insertion professionnelle des élèves.

La droite comme la gauche s'accrochaient hier à l'uniformité du moule éducatif. Aujourd'hui chacun admet que l'univers de l'éducation doit intégrer la variété des goûts, des aptitudes, des besoins. Des débats hier impossibles peuvent aujourd'hui s'ouvrir. On se contentera ici d'évoquer quelques "chantiers" susceptibles d'être ouverts.

Faut-il maintenir un système d'enseignement replié sur lui-même avec sa caste de "clercs enseignants" alors que le besoin d'éducation est si important que l'école doit savoir associer à la fonction d'enseignement tous ceux auxquels leur expérience professionnelle a donné des titres de compétence ? Tandis que les enseignants gagneront à périodiquement se frotter aux réalités du monde professionnel.

Faut-il dans un monde en profond changement admettre un certain immobilisme de système éducatif ? L'illusion du changement constant des structures et des dénominations, depuis trente ans, dissimule mal l'absence de changement réel des programmes, des contenus de l'enseignement, des formations.

La classe politique osera-t-elle s'attaquer à ces grands tabous qui paralysent toute réforme en profondeur de l'éducation ? Faut-il s'accrocher à la gratuité absolue des hautes formations spécialisées alors qu'il serait préférable d'aider ceux qui en éprouvent le besoin et de faire payer ceux qui le peuvent ? Est-il plus démocratique de refuser en parole toute sélection à l'Université et de laisser se développer en catimini de plus en plus de filières filtrant sévèrement les candidats à l'entrée ou d'admettre clairement qu'il vaut mieux fixer une règle du jeu objective que de laisser se développer le recrutement anarchique des meilleurs sprinters ?

Le temps est venu pour la classe politique de comprendre que l'éducation est un des principaux enjeux de notre société et qu'un débat éducatif clair et sans hypocrisie doit à présent s'ouvrir.

LES MONARCHIENS ET LA CONSTITUTION ANGLAISE

Par

Guillaume BACOT
Professeur à l'Université de Reims

INTRODUCTION

I - L'IMITATION DE LA CONSTITUTION ANGLAISE

A - Le régime représentatif
1° - Les représentants
2° - Les représentés

B - La séparation des pouvoirs
1° - La différenciation des organes
2° - Les relations entre les organes

II - L'INTERPRÉTATION DE LA CONSTITUTION ANGLAISE

A - La délégation de la souveraineté
1° - La nature de la délégation
2° - Les conséquences de la délégation

B - La monarchie limitée
1° - La division du législatif
2° - L'unité de l'exécutif

CONCLUSION

INTRODUCTION

À la veille même du déclenchement de la Révolution française, les "patriotes" étaient déjà divisés entre ceux qui s'inspiraient de la tradition anglaise, et ceux qui s'enthousiasmaient pour les toutes nouvelles institutions américaines : d'un côté ceux qui cherchaient un modèle dans un pays qui jouissaient d'une longue expérience, qui avait su tirer profit des leçons de l'histoire et des erreurs passées, et dont la Constitution produisait maintenant les heureux effets que chacun pouvait constater ; de l'autre ceux qui entendaient édifier sur la pure raison un système inédit, qui serait enfin débarrassé de toutes les scories déposées par les aléas de temps et de lieux, et qui pourrait acquérir ainsi une valeur universelle (1). Les *Nouvelles observations sur les États généraux* de Mounier, répondaient à cet égard aux diatribes antianglaises de Sieyès dans *Qu'est-ce que le tiers état ?* (2) ; et à l'éloge du livre de De Lolme sur la *Constitution de l'Angleterre* publié par Mallet du Pan dans le *Mercure de France,* correspondra la traduction annotée par Condorcet et ses amis du livre de Livingston, intitulé *Examen du gouvernement d'Angleterre comparé aux Constitutions des États-Unis.*

La lutte, qui demeurait encore assez feutrée tant qu'elle se déroulait à coups de publications et d'impression, prit toute sa dimension aussitôt réunis les États généraux ; elle se transporte alors dans les joutes oratoires, et ne tarde pas à descendre dans la rue. Dès lors, les partisans du régime britannique, qui avaient un moment semblé prendre la direction des événements, sont vite submergés, faute d'un appui populaire durable. Pendant l'été 1789, la rupture est définitivement consommée entre les patriotes : une large majorité, sous l'influence grandissante des disciples de Rousseau, entraîne la Révolution vers des rives sans cesse plus éloignées, tandis qu'une petite minorité, rejetée malgré elle du côté de la réaction, s'évertue en vain à arrêter le cours des choses, en essayant encore désespérément d'ancrer les institutions françaises en dérive à la Constitution anglaise. C'est ainsi que prendra naissance le groupe des monarchiens.

Pour bien comprendre la signification que celui-ci attribuait au modèle constitutionnel anglais, il faut faire très attention aux auteurs qui lui servaient de référence. Contrairement à ce qui a souvent été dit (3), et sauf exceptions (4), ce n'est pas tant l'autorité de Montesquieu que les monarchiens se plaisaient à évoquer, tout au moins au commencement de la Révolution, mais beaucoup plus celle de De Lolme ou de John Adams (5). Or, si le dernier se place expressément dans le sillage du précédent (6), celui-ci subit assez librement l'influence de *L'Esprit des lois ;* il l'intègre à une construction personnelle qui demeure, par ailleurs, très marquée par son origine genevoise et l'école du droit de la nature et des gens. On peut ainsi pressentir les raisons de l'extrême affinité qui unit les monarchiens français aux fédéralistes américains, et de l'étroite parenté d'esprit qui existe entre un Mounier et un Hamilton (7). Mais on pourra surtout réaliser ici, de ce fait, pourquoi l'idée que

(1) Cf. à ce sujet B. Faÿ, *L'esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIIIe siècle,* Champion, 1925, p. 151 à 164.
(2) Cf. en particulier J. Egret, *La Révolution des notables, Mounier et les monarchiens,* A. Colin, 1950, p. 34 ; R. Griffiths, *Le centre perdu, Malouet et les monarchiens dans la Révolution française,* Presses universitaires de Grenoble, 1988, p. 62.
(3) Cf. par exemple L. Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789,* Revue d'économie politique, 1893.
(4) Cf. surtout Lally-Tolendal, *Lettre écrite au très honorable Edmund Burke,* 20 juin 1791, p. 49 ; *Seconde lettre à M. Burke,* 8 mai 1792, p. 36.
(5) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques des Constructions politiques des monarchiens,* Revue recherche juridique, 1991, p. 609 et 646.
(6) Cf. J. Adams, *Défense des Constitutions américaines,* 1787, traduction 1792, t. I, p. 141 et 142.
(7) Cf. B. Faÿ, *L'esprit révolutionnaire...,* op. cit., p. 207 à 210.

les monarchiens se font du régime britannique est, somme toute, très éloignée du régime parlementaire et parfaitement compatible avec leur futur ralliement au Consulat.

À vrai dire, la cohésion du groupe ne se forme pas sur cette question dès le tout début de la Révolution. À côté de Mallet du Pan (8), de Mounier (9) et même de Bergasse (10), qui annoncent clairement leurs aspirations dès les mois de janvier et février 1789, la plupart de leurs amis politiques conserve une attitude plus hésitante et assez fluctuante. Tout en préconisant des institutions qui se rapprochent de celles de la Grande-Bretagne, ces derniers envisageaient alors des projets sensiblement différents. C'est ainsi que Malouet soutiendra ultérieurement que, s'il n'avait pas exclu l'imitation de la Constitution anglaise, lors de la rédaction des cahiers du Tiers de la ville de Riom, il ne l'avait pas pour autant nécessairement impliquée (11). De la même façon, Lally-Tolendal (12) et Montlosier (13), reconnaîtront avoir d'abord soutenu des idées comparables à celles de La Luzerne qui, tout imprégné des théories de Montesquieu sur les corps intermédiaires, préconisait le maintien d'une seconde chambre élue par tous les membres des ordres privilégiés (14). Quant à Clermont-Tonnerre, qui avait au contraire des tendances beaucoup plus démocratiques, il avait quelque peine à concevoir que l'assemblée populaire ne soit pas la détentrice ultime de la souveraineté (15).

Cependant, l'unité des monarchiens se fera assez vite autour des propositions de Mounier (16). Après le ralliement remarqué de Montlosier au bicaméralisme à l'anglaise (17), le groupe se trouvera définitivement rassemblé par un dénominateur commun. Certes, beaucoup plus tard, ce dernier n'hésitera pas à tourner en dérision les institutions d'un peuple qui lui avait longtemps offert l'asile (18), avant d'évoluer vers un système très personnel et de plus en plus indifférent aux réalités les plus élémentaires (19). Mais la plupart de ses anciens compagnons restera durablement attachée à l'imitation en France du régime britannique.

Il ne faut pas se méprendre, à cet égard, sur la signification du silence ou de la discrétion des monarchiens sur cette question durant certaines périodes de la Révolution. L'urgence des circonstances et les priorités des luttes politiques pouvaient parfois les conduire à laisser provisoirement en sommeil leurs projets, quand ils n'avaient aucun espoir de les faire aboutir dans l'immédiat (20) ; mais cela ne voulait pas dire que la Constitution anglaise eût cessé de constituer leur idéal politique. On en a notamment pour preuve l'attitude des monarchiens envers les

(8) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, Mercure de France, janvier 1789, p. 109 à 128, et 150 à 166.
(9) Cf. Mounier, *Nouvelles observations sur les États généraux de France*, 1789, p. 266 et suivantes.
(10) Cf. Bergasse, *Lettre de M. Bergasse sur les États généraux*, 12 février 1789.
(11) Cf. Malouet, *Lettre à M. de Montjoye*, 26 mai 1792, p. 7 ; cf. aussi *Mémoires*, 2e éd., 1874, t. I, p. 258 et 259.
(12) Cf. Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, janvier 1780, p. 36 ; *Réponse à M. L'abbé D.*, 1793, p. 22.
(13) Cf. Montlosier, *Observations sur l'adresse à l'ordre de la noblesse française*, p. 16.
(14) Cf. La Luzerne, *Sur la forme d'opiner aux États généraux*, 1789.
(15) Cf. Clermont-Tonnerre, séance du 4 septembre 1789, *Archives parlementaires*, t. 8, p. 574 ; *séance du 21 septembre 1789*, A.P. t. 9, p. 59.
(16) Cf. Clermont-Tonnerre, *Lettre à M. Duval d'Espréménil*, œuvres complètes, an III, t. IV, p. 46 ; Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit. p. 135 et 136 ; Malouet, *Lettre à ses commettants*, 13 mai 1790, Collection des opinions, t. II, p. 11.
(17) Cf. Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, 1790, en particulier p. 247.
(18) Cf. Montlosier, *Le peuple anglais bouffi d'orgueil, de bière et de thé, jugé au tribunal de la raison*, 1803, p. 107 et suivantes.
(19) Cf. Montlosier, *De la monarchie française*, 1ère éd., 1814.
(20) Cf. en particulier ainsi la *Lettre aux amis de la paix*, 2 janvier 1790, *Mémoires de Malouet*, op. cit. t. II, p. 50.

Constitutions de l'an III (21), puis de l'an VIII (22), qui sera directement fonction des rapprochements qui pouvaient être faits entre ces deux textes et le système britannique tel qu'ils l'entendaient.

Il est difficile de comprendre comment Robert Griffiths a pu penser que l'adhésion des monarchiens au modèle anglais, et plus particulièrement celle de Malouet, n'avait été qu'un phénomène conjoncturel et en définitive assez secondaire (23). On s'en étonnera d'autant plus, qu'il se réfère spécialement à ce sujet à un manuscrit de Malouet daté de 1799, où celui-ci répète à toutes les pages son admiration pour les institutions d'outre-Manche, au point de finir par avouer qu"'on ne se lasse point de citer l'Angleterre ; car nul autre pays n'offre un aussi parfait modèle de l'ordre social" (24). Il est vrai, ainsi que le souligne Griffiths (25), que Malouet prévoyait cependant dans ce texte de n'accorder qu'une compétence purement consultative aux assemblées régionales et nationales. Mais il oublie de préciser qu'il ne s'agissait là pour Malouet que d'un régime provisoire, comparable à celui que Mounier envisageait dès 1792 (26), destiné à ménager une transition entre la fin de la Révolution et les institutions définitives de la monarchie restaurée. Or, même si cette transition était susceptible de durer assez longtemps, compte tenu de l'état de l'esprit public en France, il n'est pas douteux que celle-ci devait aboutir à terme, selon les intentions de Malouet, à l'établissement d'un régime représentatif copié sur l'exemple anglais (27).

Cela ne signifie pas que les monarchiens aient préconisé une imitation servile. Ils reconnaissent au contraire, non seulement que la Constitution anglaise possède quelques défauts qu'il serait nécessaire de corriger, mais encore qu'elle suppose certains amendements pour être adaptée aux réalités françaises (28). On verra néanmoins que les modifications envisagées demeurent assez mineures, et qu'il ne s'agit pour eux que "d'éviter certains vices de détails" (29). Dès lors, les monarchiens échappent mal à une contradiction fondamentale. Comment, en effet, faire continuellement l'éloge de l'empirisme anglo-saxon et être persuadé, comme Montesquieu, que "les lois devaient être tellement propres à la Nation pour laquelle elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'un peuple peuvent convenir à un autre" (30), tout en prétendant en même temps transposer en France le régime Britannique ?

Cette contradiction était d'autant plus embarrassante pour les monarchiens, que les Anglais ne se privaient pas de leur rappeler que les institutions de leur pays n'étaient pas susceptibles d'expatriation, et que la France devait rechercher son salut politique dans sa propre tradition constitutionnelle. D'où, en particulier, les relations

(21) Cf. par exemple Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, 1797, t. I, p. 9 à 28.
(22) Cf. par exemple Mallet du Pan, Mercure britannique, 25 octobre 1799 et 10 janvier 1800.
(23) Cf. R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 15 et 18.
(24) Malouet, *Aperçu des moyens les plus propres à consolider le rétablissement de la monarchie en France*, Archives du ministère des affaires étrangères, Mémoires et documents France, Fonds Bourbon, volume 595, feuille 376.
(25) Cf. R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 237 et 250.
(26) Cf. Mounier, *Recherches sur les causes qui ont empêché les français de devenir libres*, 1792, t. II, p. 203 à 216. Il semble que l'on doive comprendre aussi de la même façon "le despotisme absolu" dont parle Mounier dans une lettre du 23 septembre 1974 à Lord Grenville : cf. A. Lebon, *L'Angleterre et l'émigration française de 1794 à 1801*, Plon, 1882, p. 4.
(27) Cf. Malouet, *Aperçu des moyens...*, op. cit., feuille 359.
(28) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit. p. 161 à 166 ; Malouet, séance du 26 janvier 1791, A.P., t. 23, p. 534.
(29) Mounier, *Exposé de ma conduite dans l'Assemblée nationale et motif de mon retour en Dauphiné*, 1789, p. 107.
(30) Mallet du Pan, *Correspondance politique pour servir à l'histoire du républicanisme français*, 1796, p. XIII ; cf. aussi sa lettre à Étienne Dumont du 19 juin 1788, Revue historique, 1908, p. 110 à 112.

orageuses et dépitées qu'ils n'ont cessé d'entretenir avec Edmund Burke (31), car, après avoir favorablement accueilli les premières critiques adressées par celui-ci au mouvement révolutionnaire (32), ils ne lui pardonneront jamais d'avoir ensuite inlassablement répété qu'il fallait avant tout rétablir la situation qui prévalait avant les événements de 1789 (33). Mounier pensait sans doute avoir répondu d'avance à ces objections en précisant que, si les institutions devaient bien être adaptées aux circonstances propres à chaque peuple, "dans l'état actuel de l'Europe, chez toutes les grandes Nations, où les rapports sont les mêmes, tous exigent les bases de la Constitution anglaise" (34). Mais l'argument était un peu court, à moins plutôt qu'il ne trahisse la véritable attitude des monarchiens.

C'est que ceux-ci, loin d'adhérer aussi exclusivement qu'ils veulent le laisser croire à l'empirisme anglo-saxon, demeurent en réalité largement tributaires du rationalisme continental ; loin d'être de purs adeptes du relativisme traditionaliste et expérimental de Montesquieu, ils sont aussi très marqués, comme De Lolme, par un déductivisme fondé sur des principes abstraits et hérités de l'école du droit de la nature et des gens. Aussi, la Constitution anglaise n'est pas seulement pour eux le fruit lentement mûri du milieu qui l'a vu naître ; elle est également perçue comme un aboutissement idéal, dont la valeur serait devenue universelle, et que Montesquieu lui-même aurait érigé au rang de modèle (35). Nous essayerons de comprendre quelle est la nature de ce modèle pour les monarchiens, en précisant d'abord en quoi consiste exactement d'après eux la Constitution anglaise qu'il convient d'imiter, avant d'étudier la signification qu'ils lui attribuent.

I - L'IMITATION DE LA CONSTITUTION ANGLAISE

Si les monarchiens souhaitent imiter en France la Constitution anglaise, c'est d'abord parce que celle-ci établit, à l'encontre des théories de Rousseau et des idées démocratiques plus ou moins inspirées des États-Unis, un régime purement représentatif ; mais c'est aussi parce qu'elle garantit à leurs yeux le maintient de la liberté, par son système de séparation des pouvoirs. Il faut prendre garde cependant, ce qui n'a pas toujours été le cas (36), que cette Constitution que les monarchiens appellent de leurs vœux, n'est pas exactement celle qui fonctionnait effectivement en Grande-Bretagne au moment de la Révolution française. Non pas que les monarchiens se soient mépris sur cette réalité, comme on semble parfois l'avoir cru (37) ; mais parce qu'ils refusent en parfaite connaissance de cause plusieurs de ses aspects. Ainsi quand les accidents de l'histoire anglaise lui ont légué certains défauts spécifique qu'on peut parfaitement se dispenser d'introduire en France ; ou encore quand des pratiques malencontreuses, qui se sont récemment développées, leur paraissent avoir dénaturé l'essence véritable de ces institutions.

(31) Cf. en particulier à ce sujet Montlosier, notice nécrologique de Burke, *Journal de France et d'Angleterre*, 15 juillet 1797 ; Malouet, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 260 et 261.
(32) Cf. Journal des impartiaux, 1790, n° 5, p. 32 à 36, et n° 6 p. 24 à 30.
(33) Cf. Lally-Tolendal, *Lettre écrite au très honorable Edmund Burke*, op. cit. ; *Post scriptum d'une lettre à M. Burke*, 9 juillet 1791 ; *Seconde lettre à M. Burke*, op. cit. ; Mounier, *Recherche sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 257.
(34) Mounier, *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 107 ; cf. aussi *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 218.
(35) Cf. en particulier Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 217.
(36) Cf. à ce sujet R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 17 et 18.
(37) Cf. G. Bonno, *La Constitution britannique devant l'opinion française*, Thèse Paris, 1931, p. 220 ; J.-J. Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques*, Dalloz, 3e éd., 1967, p. 52 ; H. Grange, *Les idées de Necker*, Klincksieck, 1974, p. 316 et 422.

A - LE RÉGIME REPRÉSENTATIF

Le premier avantage que les monarchiens trouvent aux institutions anglaises, c'est le régime représentatif. Ils entendent en défendre les mérites contre les attaques d'"une infinité d'écrits déclamatoires" (38), qui rêvent à des degrés divers de démocratie directe, et qui prennent un malin plaisir à rappeler le fameux anathème de Rousseau contre le peuple anglais qui "pense être libre", mais "qui ne l'est que durant l'élection des membres du parlement" (39). Ils opposaient à celui-ci les arguments classiques de Montesquieu sur la nature de la liberté, et sur l'inaptitude politique du peuple en dehors du choix de ses représentants (40). À vrai dire, les monarchiens ne manifestaient pas beaucoup d'originalité en préconisant ainsi un régime représentatif, puisque même les plus démocrates admettaient sa nécessité au début de la Révolution, du fait qu'il n'était pas possible d'assembler tous les citoyens en un seul lieu pour délibérer, dans un grand pays comme la France ; tout au plus se distinguaient-ils en le jugeant préférable aussi dans les petits États (41). Ce qui différenciait surtout les monarchiens, c'était la volonté de reproduire les particularités mêmes du système représentatif britannique, caractérisé d'un côté par un droit exclusif des propriétaires à la qualité de représentant, et de l'autre par le flou laissé autour de la qualité de représenté.

1°) Les représentants

Si les monarchiens souhaitent établir en France un régime représentatif comparable à celui de la Grande-Bretagne, c'est d'abord, de la même façon, pour n'y confier la réalité du pouvoir qu'aux seuls propriétaires. Ils se satisfaisaient, au début de la Révolution, d'une propriété immobilière quelconque pour pouvoir être éligible ; et ils étaient parfaitement conscients de fixer ainsi des conditions beaucoup moins sévères que celles qui prévalaient alors outre-Manche (42). Mais leurs exigences à cet égard vont s'accroître au fil des événements, et à mesure de leurs déconvenues. Par contre, il est au point sur lequel ils ont toujours voulu, dès le départ, suivre très rigoureusement l'exemple anglais : c'est de ne prendre pour critère que la seule propriété foncière, à l'exclusion de la fortune mobilière, quelle que puisse être l'importance de cette dernière (43).

Il s'agissait pour les monarchiens d'écarter les "hommes sans fortune, qui n'auraient ni assez de loisir, ni assez de lumières pour s'occuper avec succès du bien général" (44). Il s'agissait aussi de profiter de la stabilité et du conservatisme d'une véritable aristocratie foncière. Mais il s'agissait surtout de confier la défense de la propriété à ceux qui y avaient le plus d'intérêt, c'est-à-dire aux propriétaires eux-mêmes, car pour eux "la propriété est la base fondamentale de la société" (45). Non que la propriété ait plus importé aux monarchiens que la liberté, puisqu'ils

(38) Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 110.
(39) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 154 ; Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 563.
(40) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 155 à 157 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*, août 1789, A.P., t. 8, p. 408 à 410 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 559.
(41) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements* ... op. cit., A.P., t. 8, p. 409.
(42) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P. t. 8, p. 413 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519.
(43) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 164 et 165 ; Virieu, séance du 7 décembre 1789, A.P., t. 10, p. 414.
(44) Mounier, *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 410.
(45) Malouet, *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, 1er avril 1792, p. 15 ; Cf. aussi Lally-Tolendal *Quintus Capitolinus aux romains*, 1er novembre, 1790, p. 46.

admettaient au contraire que "la liberté est le premier des biens" (46) ; mais parce qu'ils estimaient que le respect absolu de la première était une condition essentielle de la seconde - et cela conformément aux leçons de leurs modèles : "sûreté, propriété, disent les Anglais, quand ils veulent caractériser la liberté civile ou personnelle" (47).

C'est dans cette perspective que les monarchiens seront des partisans inconditionnels du marc d'argent (48). Mais ils ne se faisaient pas d'illusions excessives sur sa portée, car, faute d'une propriété terrienne aussi solidement établie chez nous que chez les britanniques, ils savaient qu'il serait difficile d'atteindre en France" à la grande consistance de leur chambre des communes" (49), qui fait "qu'il n'y a pas dans toute l'Angleterre une seule gerbe de bled, ni un seul brin d'herbe qui ne soient représentés au parlement" (50). Ils étaient déjà parfaitement conscients des objections présentées à ce sujet par La Luzerne, dès le début de la Révolution (51) ; mais les acquéreurs de biens nationaux ne pouvaient que souffrir plus encore à leurs yeux de la comparaison avec les hobereaux anglais (52). Ils n'en demeuraient pas moins convaincus que "tout ce qui garantit au peuple sûreté et propriété, par le consentement libre des propriétaires, aux lois et aux impôts, doit être conservé" (53).

2°) Les représentés

Les monarchiens veulent donc imiter le régime représentatif anglais pour réserver en France, comme en Grande-Bretagne, la qualité de représentant aux seuls propriétaires. Mais ils cherchent beaucoup moins à préciser qui sera ainsi représenté et comment. Ils sont beaucoup plus soucieux d'attribuer le pouvoir aux propriétaires que de savoir exactement à quel titre ceux-ci pourront l'exercer. Jamais ils ne s'intéressent aux qualités de représenté ou d'électeur dans le système britannique ; et s'ils s'inquiètent un peu plus des modalités de cette représentation, il est difficile de prétendre que cela constitue pour eux une préoccupation majeure.

À vrai dire, l'insuffisance des monarchiens sur le premier aspect de la question est loin de concerner uniquement la Grande-Bretagne. Leur attitude en France sera toujours marquée à ce sujet par une grande indécision et un opportunisme assez peu scrupuleux. C'est ainsi qu'après avoir très largement ouvert l'accès au corps électoral pour les élections primaires au début de la Révolution, ils le restreindront considérablement par la suite. Ils considéreront aussi, tantôt que les députés ne représentent que l'ensemble de leurs électeurs, tantôt qu'ils représentent une entité distincte, hésitant encore alors entre la représentation d'une collectivité nationale plus étendue et la représentation de la seule raison (54).

Les monarchiens éprouvèrent moins de difficultés à prendre parti sur les modalités de la représentation. C'est même précisément le point principal, sur lequel ils estimaient que la France devait se garder de copier les défauts de la Constitution anglaise. Contrairement à leur maître De Lolme qui les avait passées sous silence

(46) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 2.
(47) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 3.
(48) Cf. en particulier Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 37 ; séance du 8 août 1791, A.P., t. 29, p. 276.
(49) Malouet, *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, op. cit., p. 20.
(50) Lally-Tolendal, *Quintus Capitolinus aux romains*, op. cit., p. 46.
(51) Cf. La Luzerne, *Sur la forme d'opiner aux États-généraux*, op. cit., p. 101.
(52) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. II, p. 13 et suivantes.
(53) Malouet, *Réponse à M.****, 27 avril 1792, p. 12 ; cf. en particulier aussi Lally-Tolendal, *Réponse à M. l'abbé D.*, op. cit., p. 29.
(54) Cf. sur toute cette question G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 624 à 628 et 636 à 644.

(55), ils n'hésitèrent pas à s'associer aux critiques si répandues des bourgs pourris, de l'inégalité des circonscriptions, de la durée excessive des législatures, ou de la corruption parlementaire (56). Mais, sans mettre en cause leur sincérité, on peut cependant douter qu'ils aient attaché beaucoup d'importance à tous ces défauts. On sent bien qu'ils les condamnaient surtout pour ne pas être en reste avec leurs adversaires politiques, qui en avaient fait leur cheval de bataille, dans leur opposition systématique à toute imitation des institutions britanniques par la Révolution française. En réalité, un seul les préoccupait vraiment : c'est la division des partis et la représentation purement majoritaire qui en résultait (57).

Certes, les monarchiens ne vont pas comme Burke (58) jusqu'à faire l'apologie des mécanismes représentatifs de l'Angleterre, du seul fait de leur caractère traditionnel. Mais, ils commencent d'abord par en minimiser les inconvénients, soutenant que "les reproches si souvent répétés de vénalité et de corruption sont infiniment exagérés" (59). Puis ils finissent même par avouer qu'ils leur trouvent quelque mérite, dans la mesure où ces irrégularités empêchent les représentants élus de se prévaloir d'une trop grande légitimité démocratique, par rapport au roi et à la chambre héréditaire. Ceci permettait en effet à leurs yeux, non seulement de mieux maintenir l'équilibre des forces entre les trois composantes du parlement, mais encore d'éviter toute identification abusive du sentiment national à la majorité parlementaire (60) ; pour les monarchiens, en définitive : "L'inégalité de la représentation produit surtout cet avantage, qu'une grande partie du peuple s'identifie beaucoup moins avec les députés des communes, que l'opinion générale est moins corrompue par les passions qui peuvent agiter la chambre basse. C'est pourquoi l'on a vu plusieurs exemples d'une opposition entre les systèmes des représentants, et le vœu public manifesté par des adresses et des pétitions" (61)

B - LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Les mérites de la Constitution anglaise ne résident pas uniquement, pour les monarchiens, dans son régime représentatif, ils tiennent aussi à sa séparation des pouvoirs. Là aussi, cependant, les monarchiens n'en préconisent pas une imitation aveugle, quoique ce soit selon les cas pour des raisons très opposées. Ils concèdent parfois des assouplissements, quand ils n'ont pas l'espoir de faire accepter en France le système britannique dans toute sa rigueur ; ils refusent par contre l'évolution la plus récente des institutions anglaises elles-mêmes, qui leur semble constituer une dérive regrettable, et ils prétendent alors s'en tenir à la pureté du modèle initial. La relative souplesse des monarchiens en ce qui concerne la différenciation des organes contraste à cet égard, lors des grands débats politiques de l'été 1789, avec la rigidité de leur attitude en ce qui concerne les rapports entre ces organes.

---

(55) Cf. J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, P.U.F., 1969, p. 69.
(56) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 162 ; Malouet, *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, op. cit., p. 20 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p.417 ; séance du 4 septembre 1789, A.P. t. 8, p. 563 ; Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit., p.135.
(57) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit. p. 46 et 47 ; Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 163 et 164.
(58) Cf. Burke, *Réflexions sur la Révolution de France*, 3e éd., p. 70.
(59) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 417 ; cf. aussi Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 162 et 163.
(60) Cf. à ce sujet R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 86 et 106 ; G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 631 à 633.
(61) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 272.

1°) La différenciation des organes

Pour établir en France la répartition des pouvoirs dont nul ne contestait la nécessité, les monarchiens souhaitaient instituer trois organes distincts, comme en Grande-Bretagne : le roi, une chambre élective et une chambre héréditaire. En adoptant l'idée d'une assemblée élue, ils ne faisaient que suivre l'opinion commune. En insistant sur la nécessité d'un monarque héréditaire, ils n'étaient pas vraiment contredits, même par les admirateurs les plus fervents des républiques américaines, tout au moins au commencement de la Révolution. Ce qui les caractérisait et provoquait leur isolement politique, c'était seulement leur souci de maintenir une seconde assemblée, sur le modèle de la Chambre des lords. Bien qu'ils aient pu s'appuyer, non seulement sur l'exemple de l'Angleterre, mais aussi sur celui des États-Unis eux-mêmes (62), les monarchiens ne sont pas parvenus à convaincre la grande majorité des constituants d'adopter le bicaméralisme. Ils auront la consolation de voir leurs idées reconnues dans une certaine mesure à partir du Directoire (63) ; mais ce n'est qu'avec la Restauration qu'elles triompheront entièrement.

Le seul argument que leurs adversaires auraient accepté de prendre en considération pour accepter une seconde chambre, aurait été l'existence d'une fédération comme aux États-Unis (64). Mais les monarchiens n'étaient pas plus disposés que ceux-ci à envisager une telle éventualité en France (65) ; leurs motifs étaient tout autres. Il s'agissait en partie de mettre en place une procédure d'impeachment comparable à celle des pays anglo-saxons (66). Mais il s'agissait surtout de faire contre-poids à l'assemblée élective, afin d'empêcher celle-ci d'abuser de sa compétence législative et d'empiéter sur le pouvoir exécutif : les monarchiens jugeaient le bicaméralisme nécessaire pour perfectionner l'élaboration des lois et pour préserver l'intégrité des prérogatives royales (67). Il s'agissait donc aussi d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles (68), comme le faisait d'après eux la Chambre des lords, cette "puissance réglante" dont parle Montesquieu (69), qui préfigurait même dans l'esprit de Mounier et bien avant Sieyès, le Sénat conservateur et les procédés modernes de contrôle de constitutionnalité (70).

Dans cette perspective, les monarchiens pensaient que la chambre haute devait être héréditaire, en France comme en Angleterre, afin de garantir son indépendance.

---

(62) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 28 ; Champion de Cicé, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 282 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements*.... op. cit., A.P., t. 8, p. 416 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 518.

(63) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 22.

(64) Cf. par exemple Condorcet, *L'influence de la révolution d'Amérique sur l'Europe*, Œuvres, t. 8, 1847, p. 95 et 96 ; *Examen du gouvernement d'Angleterre comparé aux Constitutions des États-Unis*, note XXVIII, 1789, p. 229.

(65) Cf. ainsi Mounier, *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 411.

(66) Cf. Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 112 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8 ; p. 520 ; Mounier, *Nouvelles observations*..., op. cit., p. 275 ; *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 419 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558.

(67) Cf. Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 113 à 115 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée de la Constitution française*, 1791, *Œuvres complètes*, an III, t. V, p. 246 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 516 et 517 ; Malouet, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 590 et 591 ; Montlosier, *Essai sur l'art de Constituer les peuples*, op. cit., p. 96 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements*, op. cit., A.P., t. 8, p. 416 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 555.

(68) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 515 à 517, Malouet, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 555 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 416.

(69) Montesquieu, *Esprit des lois*, L. XI, ch. 6, La Pléiade, p. 401.

(70) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernement*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 417 et 418 ; cf. aussi Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 522. Cette idée était consacrée à l'article 47 du projet présenté à la même séance, A.P., t. 8, p. 525.

Après quelques flottements (71), ils s'étaient tous ralliés à ce point de vue que Mounier et Bergasse n'avaient cessé de défendre depuis le début (72). Ils voulaient ainsi établir une nouvelle magistrature transmissible par droit d'aînesse, qui aurait été comparable en cela à celle du roi, mais à laquelle n'aurait été attaché aucun avantage particulier en dehors de l'hérédité. Pourtant, malgré tous leurs efforts pour montrer à partir de l'exemple britannique qu'il n'était pas question de fonder ainsi de nouveaux privilèges, et conscient de se heurter à la complète incompréhension de la grande majorité, ils s'étaient résignés par esprit de compromis à renoncer à cette hérédité (73).

Les monarchiens excluaient cependant une élection par les membres du clergé et de la noblesse, telle qu'elle avait d'abord été envisagée dans l'entourage de La Luzerne (74), car "ce serait perpétuer cette séparation d'ordres, cet esprit de corporation, qui est le plus grand ennemi de l'esprit public" (75) : ils ne voulaient surtout pas consacrer ainsi ces théories de Montesquieu sur les corps intermédiaires, qu'ils avaient en horreur, et qui ont longtemps entretenu leur défiance envers l'ensemble de ses idées (76). Mais ils ne voulaient pas non plus que les deux chambres soient élues de la même façon, car "il faut non pas qu'elles aient des intérêts opposés, mais une position différente" (77). Ils hésitaient alors entre la nomination des titulaires des principales charges publiques (78), et l'élection au second degré parmi les plus gros propriétaires (79). Il était bien entendu, dans ce dernier cas, qu'il n'était pas question pour les monarchiens d'accorder un privilège à la fortune, mais de désigner ceux qui, par l'ampleur de leur propriété, sont plus encore impliqués dans la défense de l'intérêt général (80).

2°) Les relations entre les organes

Alors que les monarchiens manifestaient une relative souplesse dans la conception de la seconde chambre qu'ils voulaient instituer, il n'en va pas de même en ce qui concerne les relations qu'ils souhaitaient établir entre les différents organes constitutionnels. Ils s'en tenaient à une stricte imitation du régime britannique, conforme en tout points à la description qui en avait été donnée par De Lolme, bien que celle-ci n'ait plus guère correspondu aux réalités de leur époque. On n'insistera pas sur les rapports entre les deux assemblées : les monarchiens préconisaient le plus souvent (81) leur complète égalité, mis à part la priorité de la chambre basse en

(71) Cf. ci-dessus, notes 11 à 13.
(72) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 30 et 31 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 245 et 271 ; *Considérations sur les gouvernements...*, A.P., t. 8, p. 417.
(73) Cf. Lally-Tolendal séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519 et 520 ; *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit., p. 135 et 136 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements ...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 417 et 418 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 262 à 264 en note.
(74) Cf. ci-dessus notes 12 à 14.
(75) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519 ; Cf. aussi Champion de Cicé, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 283 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 269 et 270 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 418.
(76) Cf. surtout Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 201 à 218 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 140 à 150.
(77) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 418. Cf. aussi séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 555 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 515 et 516 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 114.
(78) Cf. Malouet, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 591 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 263 en note.
(79) Cf. Malouet, *Projet de Constitution*, 20 juillet 1789, Collection des opinions, t. I, p. 58 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p.418 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519.
(80) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 418.
(81) Cf. cependant dans le sens contraire Clermont-Tonnerre, séance du 4 septembre 1789 ; A.P., t. 8, p. 574 ; Malouet, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 590 et 591.

matière budgétaire (82). Ce sont leurs idées relatives à l'influence réciproque du roi et du corps législatif, (que celui-ci soit bicaméral ou non), qui posaient à nouveau problème. Là encore ils se heurteront à l'opposition de la Constituante, quoique celle-ci fût moins unanime que lors du rejet de la chambre haute.

C'est surtout le veto absolu du roi sur les décisions de l'assemblée qui constituait la pierre d'achoppement des monarchiens. Seul, parmi eux, Clermont-Tonnerre était prêt à un compromis sur ce point (83), auquel il semble d'ailleurs avoir renoncé par la suite (84). C'est qu'il subissait alors l'influence de Necker, dont il était plus proche. Celui-ci avait en effet ostensiblement rallié le camp adverse et préconisé un veto simplement suspensif, en se fondant en particulier sur la désuétude dans laquelle était tombé le veto britannique (85). Ce n'est pas que les monarchiens, quoiqu'on en ait dit (86), aient ignoré quant à eux que les monarques anglais n'avaient plus fait usage de leur droit de veto depuis longtemps. Mais ils n'en maintenaient pas moins la nécessité du veto absolu, au motif que c'était seulement la qualité des équilibres constitutionnels qui dispensait d'en faire un usage plus fréquent en Grande-Bretagne (87), et que celui-ci demeurait de toute façon plus facile à mettre en œuvre que le simple veto suspensif qu'on voulait introduire en France (88).

Ce qui indisposait particulièrement les monarchiens, c'était l'idée d'un veto suspensif qui aurait reconnu au peuple lui-même le dernier mot en matière législative. Ils étaient foncièrement opposés à toute disposition qui aurait fait des électeurs les arbitres des conflits entre le roi et les assemblées. C'était, d'après eux, renoncer au régime représentatif, pour "établir en France la démocratie la plus orageuse" (89), ce qui aurait conduit à "l'anarchie" (90) et finalement à "l'oppression du peuple" (91). Dans cette perspective, les monarchiens auraient sans nul doute préféré un veto levé par une majorité qualifiée, comme dans la Constitution fédérale américaine, à un veto levé à la suite d'un certain nombre de réélections des députés, car la loi aurait continué ainsi à résulter des seuls rapports entre les pouvoirs institués (92). On notera d'ailleurs que Clermont-Tonnerre lui-même, dont on a déjà dit qu'il avait soutenu un moment une forme de veto suspensif, n'y voyait pas tant alors un appel au peuple, qu'un moyen de susciter un temps de réflexion pour éviter les décisions précipitées (93).

Il est vrai que Malouet considérait expressément le veto absolu comme "un véritable appel au peuple" (94), qui "en dernière analyse ne peut être que suspensif" (95). Tout en récusant l'idée d'appel au peuple (96), Mounier reconnaissait d'ailleurs à sa suite, que "le refus de la sanction royale est presque toujours suspensif par sa

(82) Cf. en particulier ainsi Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 418 et 419 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 520 et 521.
(83) Cf. Clermont-Tonnerre, séance du 21 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 59.
(84) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 332.
(85) Cf. Necker, *Rapport fait au roi dans son Conseil par le premier ministre des finances*, A.P., t. 8, p. 614.
(86) Cf. H. Grange, *Les idées de Necker*, op. cit., p. 422.
(87) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 517.
(88) Cf. Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 118 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 80 à 89.
(89) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 560. Cf. aussi idem, p. 559 à 564 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 116 et 117.
(90) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 414.
(91) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 522.
(92) Cf. à ce sujet Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 563.
(93) Cf. Clermont-Tonnerre, séance du 21 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 59.
(94) Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P., t. 8, p. 536.
(95) Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P., t. 8, p. 537.
(96) Cf. Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 564.

nature (97). Les monarchiens admettaient donc que le veto ne devait, ni ne pouvait, être maintenu contre la volonté nationale. S'ils voulaient cependant que celui-ci soit absolu dans sa forme, c'est pour que le monarque demeure seul juge de l'opportunité de le lever, en fonction de sa propre appréciation de l'état de l'opinion publique et de la portée d'éventuelles élections. Le veto ne servait pas à faire trancher par le peuple les différends qui opposent le roi et le corps législatif, mais à donner à ces organes institués le temps et les moyens de mieux évaluer cette volonté nationale, qui ne peut être exprimée que par leur commun accord (98). Il n'est ainsi pas tout à fait exact de dire (99) que les monarchiens n'auraient justifié le veto absolu qu'avec les arguments des partisans du veto suspensif, et d'expliquer leur échec par cette contradiction.

On doit comprendre encore de la même façon le droit de dissolution sur lequel insistent aussi les monarchiens, bien que Montesquieu l'ait passé sous silence et que De Lolme en ait assez peu parlé (100). Mounier admettait cette fois explicitement qu'il s'agissait "d'une sorte d'appel au peuple" (101). Il attribuait pourtant à la dissolution une signification très différente du veto suspensif. Il n'entendait pas permettre aux électeurs de se prononcer ainsi indirectement sur l'adoption des lois, ce qui aurait constitué un rétablissement inavoué du mandat impératif qu'il condamnait, mais uniquement garantir ainsi une meilleure représentativité de l'assemblée ; il s'agissait de laisser les citoyens remplacer les élus qui auraient cessé de mériter leur confiance, sans pour autant accorder de ce fait aux nouveaux députés une autorité renforcée au détriment du roi (102). De la même manière, Bergasse qui était allé un moment jusqu'à envisager en outre une révocation en cours de mandat à l'initiative des électeurs eux-mêmes, excluait pourtant toute idée de mandat impératif, et n'en faisait qu'un moyen général de contrôle et de maintien de cette confiance (103). On remarquera cependant que Clermont-Tonnerre, toujours plus démocrate et devenu sans doute plus réaliste, soutiendra plus tard sur la dissolution un point de vue tout opposé (104).

Quoiqu'il en soit, au début de la Révolution, les monarchiens croyaient d'autant moins accorder au monarque une prérogative exorbitante avec le veto absolu, qu'ils lui refusaient par contre, comme en Angleterre, l'initiative directe des lois, qu'ils réservaient entièrement aux membres des assemblées. Mounier se fondait sur l'autorité de De Lolme, pour justifier cette règle à laquelle il semble avoir attaché une très grande importance (105). Celle-ci aurait eu l'avantage d'éviter au roi le risque de se voir contredit par les votes du parlement, et surtout de garantir au peuple qu'une loi utile ne pourrait pas être ajournée indéfiniment ou détournée de son objet par le gouvernement (106). C'est en particulier, en se fondant sur ces principes que Mounier s'opposera avec succès à la lecture du mémoire de Necker en faveur du veto

(97) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 562.
(98) Cf. surtout Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 559 à 564 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 413 à 415.
(99) Cf. ainsi R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit. p. 74.
(100) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, nouvelle édition, Delarue, 1822, t. I, p. 105, et t. II, p. 155 et suivantes.
(101) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 419.
(102) Cf. Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 557 et 562.
(103) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 43 à 46.
(104) Cf. Clermont-Tonnerre, annexe à la séance du 18 mai 1791, A.P., t. 26, p. 216 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 257.
(105) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 413 ; *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 98 en note.
(106) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 413 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 521 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 113.

suspensif, arguant que permettre une telle lecture, après la clôture des débats, revenait à reconnaître au ministre le droit de prendre une nouvelle initiative (107).

Cependant, les monarchiens n'appliquaient pas cette règle avec beaucoup de rigueur. Ils admettaient, comme De Lolme (108), que le roi puisse recommander la prise en considération générale d'une question, à défaut de pouvoir présenter un projet de loi tout rédigé (109). Ils acceptaient même que les ministres puissent demeurer députés, leur reconnaissant donc à ce titre le droit d'initiative qu'ils leur refusaient en tant que membre du gouvernement (110), (ce qui était conforme à la pratique anglaise, mais semble avoir été ignoré cette fois par De Lolme). En outre, les monarchiens limitaient indirectement le droit d'initiative des chambres, puisqu'ils ne les autorisaient pas à se réunir à leur guise, aussi souvent et aussi longtemps qu'elles l'auraient souhaité. Certes, au départ, ils étaient partisans d'une session annuelle obligatoire d'une certaine durée, réservant seulement à l'exécutif la faculté de la prolonger (111). Mais, ils semblent avoir progressivement laissé le monarque entièrement maître de la longueur des sessions (112), et même de leur convocation (113), lui permettant ainsi de contrôler complètement la possibilité de proposer des lois nouvelles accordée aux assemblées, ce qui était d'ailleurs parfaitement conforme aux idées de Montesquieu (114) et de De Lolme (115).

À vrai dire, l'unanimité ne se faisait pas sur ces questions. Malouet avait proposé dès le début de la Révolution les modalités inverses : il remplaçait le veto de l'exécutif par son monopole dans l'initiative des lois, et attribuait uniquement aux députés une sorte de veto sur les projets présentés par celui-ci (116), comme le fera la Constitution de l'an VIII. Plus tard il soutiendra que le choix entre les deux procédés lui était indifférent (117). Mais, il n'est pas surprenant dans ces conditions, que ses amis politiques aient eux-mêmes délaissé le système du veto royal, au profit d'un droit exclusif d'initiative, au fur et à mesure que leur souci de rétablir l'ordre et de renforcer l'exécutif a augmenté, afin de mieux assurer le contrôle du gouvernement sur l'élaboration des lois. C'est ainsi, par exemple, que Montlosier, qui était encore en 1790 un adepte du premier procédé (118), deviendra un fervent défenseur du second, quand celui-ci sera adopté par le Consulat (119). Son maintien dans la Charte de 1814 ne pourra donc pas déplaire aux anciens monarchiens. Seul Bergasse regrettera alors cette mutation (120).

Dans le sens contraire, l'influence des chambres sur le roi résulte essentiellement de l'impeachment. Celui-ci ne concernait pas cependant directement le chef même de l'exécutif, mais uniquement "la responsabilité de tous les ministres

(107) Cf. Mounier, séance du 11 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 610.
(108) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit. t. I, p. 312 en note.
(109) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 413 ; séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 526 ; Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 246.
(110) Cf. Mounier, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 525 ; Montlosier, séance du 7 novembre 1789, A.P., t. 9, p. 715 et 716.
(111) Cf. Lally-Tolendal et Mounier, séance du 31 août 1789, A. P., t. 8, p. 520, 522 et 524 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1799, A.P., t. 9, p. 111 en note.
(112) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 334 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 273.
(113) Cf. Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, 1796, Archives du ministère des affaires étrangères, Mémoires et documents France, Fonds Bourbon, volume 589, feuilles 568 et 569.
(114) Cf. Montesquieu, *Esprit des lois*, L. XI, ch. 6, La Pléiade, p. 402.
(115) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 105 et 307.
(116) Cf. Malouet, *Correspondance avec les officiers municipaux de la ville de Riom*, 1788-1789, p. 116 et 117 ; *Réponse à M.****, op. cit., p. 15.
(117) Cf. Malouet, *Mémoires*, op. cit., t. I, p. 257 et 300. Cf. aussi Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit., f. 567.
(118) Cf. Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit. p. 103 et 246.
(119) Cf. Montlosier, Courrier de Londres, 27 décembre 1799, volume 46, p. 409.
(120) Cf. Bergasse, *Vues politiques arrachées à un homme d'État*, 16 novembre 1816.

secondaires de ce pouvoir exécutif" (121). Les monarchiens ne suivaient donc pas l'exemple récent de la Constitution fédérale américaine qui étendait au président élu l'application de cette procédure ; ils considéraient, comme en Grande-Bretagne, que la personne d'un roi héréditaire devait demeurer "inviolable et sacrée" (122). Mais, si le monarque ne pouvait voir sa responsabilités engagée sur le plan constitutionnel, cela ne signifiait pas, pour les monarchiens, qu'il ne fût pas possible de le destituer : ils estimaient seulement que cette destitution ne pouvaient pas être réglementée, et ne pouvait intervenir qu'en marge des institution, comme ce fut le cas en Angleterre en 1689, en vertu du droit fondamental de résistance à l'oppression (123). C'est pourquoi, après la fuite de Varennes (124), comme après le 10 août (125), les monarchiens ne chercheront pas tant à prouver l'innocence du roi, que l'impossibilité de le faire passer en jugement.

Par contre, "les ministres, les autres agents de l'autorité royale sont responsable de toutes les infractions qu'ils commettent envers la loi" (126). Si cette responsabilité devait être mise en cause par la procédure spéciale de l'impeachment, et non devant les tribunaux ordinaires, c'était uniquement parce que ces tribunaux auraient eu beaucoup de peine à préserver leur indépendance dans les affaires de ce genre, et pour éviter que les ministres soient perpétuellement accusés par des administrés simplement mécontents (127). Il s'agissait donc toujours d'une responsabilité pénale. Ce n'est pas, quoiqu'on en ait dit (128), que les monarchiens aient ignoré, comme De Lolme (129), que cette responsabilité pénale s'était progressivement transformée en responsabilité politique dans le régime britannique ; mais ils contestaient précisément cette évolution, dans laquelle ils voyaient "un des plus grands abus du parlement d'Angleterre" (130) ; et il semble qu'ils en aient surtout rendu responsable l'existence du bipartisme (131). Il fallait, selon eux, éviter à tout prix de suivre l'exemple de nos voisins sur ce point, afin que le roi puisse demeurer "le maître absolu du choix de ses ministres et des membres de son conseil" (132).

C'est une grande différence avec Mirabeau ; et on ne peut pas la réduire à une simple incompatibilité d'humeur de la part de Mounier, comme le fait Jean Egret (133). Alors que le premier prenait pour modèle la Constitution anglaise qui fonctionnait effectivement à l'époque de la Révolution sous la forme d'un régime

(121) Lally-Tolendal, séance du 29 mai 1789, A.P., t. 8, p. 57.
(122) Mounier, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 286. Cf. aussi à ce sujet Clermont-Tonnerre, annexe à la séance du 25 février 1791, A.P., t. 23, p. 521 et 522.
(123) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 414 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 561 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 140.
(124) Cf. Malouet, séance du 25 juin 1791, A.P., t. 27, p. 517 à 520 ; séance du 26 juin 1791, A.P., t. 27, p. 539 ; séance du 14 juillet 1791, A.P., t. 28, p. 274 à 278 ; Clermont-Tonnerre, *Déclaration remise à M. le Président de l'Assemblée nationale*, 5 juillet 1791, Œuvres complètes, t. IV, p. 112 à 116.
(125) Cf. Lally-Tolendal, *Plaidoyer pour Louis XVI*, 1793, p. 85 et suivantes ; Malouet, *Défense de Louis XVI*, 14 novembre 1792.
(126) Mounier, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 286 ; Cf. aussi séance du 28 août 1789, A.P., t. 8, p. 504 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit. t. II, p. 274 ; Lally-Tollendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 520.
(127) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 419 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 111 et 112.
(128) Cf. G. Bonno, *La Constitution britannique devant l'opinion française*, op. cit., p. 221.
(129) Cf. J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, op. cit., p. 66 et 67.
(130) Mounier, séance du 16 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 242. Cf. aussi *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 274.
(131) Cf. en particulier Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 47 ; Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 163 et 164 ; Malouet, lettre du 28 juin 1797 à Mallet du Pan, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 520.
(132) Mounier, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 286.
(133) Cf. J. Egret, *La Révolution des notables...*, op. cit., p. 227.

déjà plus ou moins parlementaire (134), le second refusait délibérément cette évolution, et s'en tenait à un système situé très en retrait, même par rapport au régime présidentiel que les Américains venaient de fonder, à partir d'une conception pourtant très archaïque des institutions britanniques. C'est pourquoi les monarchiens seront un peu embarrassés au moment du renvoi de Necker, coincés entre leurs principes et le désir d'obtenir le rappel du ministre déchu (135). Mais ils pourront sans peine adopter une attitude beaucoup plus nette au mois d'octobre 1790, et s'opposer alors fermement au vote de toute motion de défiance à l'égard du ministère, au nom de l'indépendance du pouvoir exécutif (136).

Sous la Restauration, Lally-Tolendal soutiendra des idées bien différentes, qui épouseront à l'inverse l'évolution des institutions anglaises, et admettront la responsabilité politique du gouvernement devant les chambres (137). C'est alors La Luzerne qui se fera contre lui le défenseur inlassable de l'ancienne orthodoxie monarchienne (138). On peut cependant se demander si les monarchiens n'avaient pas eu aussi, dès le début de la Révolution, un certain pressentiment inavoué d'une marche inéluctable vers cette responsabilité politique, si ce n'est à travers la procédure d'impeachment, tout au moins par le vote du budget. Quand on les voit insister, non sans crainte, sur "cette force irrésistible" (139), cette "arme si puissante" (140), qui leur semblait en mesure d'empêcher le roi de violer la Constitution (141), ou de le forcer à lever son veto (142), on ne peut en effet que s'étonner de les voir passer, entièrement sous silence, le rôle que le refus de l'impôt pourrait jouer aussi, pour contraindre les ministres à la démission. Quoiqu'il en soit, par calcul ou de bonne foi, ce silence préservait encore à cette époque toute la rigueur de leur position.

II - L'INTERPRÉTATION DE LA CONSTITUTION ANGLAISE

La Constitution anglaise que les monarchiens voulaient imiter en France au moment de la Révolution, est donc exactement celle que De Lolme proposait pour modèle. La seule différence, c'est que les premiers, contrairement au second (143), reconnaissaient explicitement que leur description ne correspondait pas entièrement à la pratique des institutions britanniques de leur temps, en particulier en ce qui concerne le régime représentatif, le veto royal ou la responsabilité du gouvernement. Cependant, sauf pour l'inégalité et la corruption de la représentation, sur lesquelles ils concèdent comme Blackstone (144) la nécessité de réformes, les monarchiens font toujours prévaloir le système abstrait de De Lolme sur les réalités de la vie politique

(134) Cf. en particulier à ce sujet, H. Simonnet, *Le gouvernement parlementaire et l'Assemblée constituante de 1789*, thèse, Paris, 1899, p. 56, 57, 66 et suivantes.
(135) Cf. Mounier, Lally-Tolendal et Clermont-Tonnerre, séances des 13 et 16 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 223, 225, 227, et 242 à 244.
(136) Cf. Malouet, Clermont-Tonnerre et Virieu, séance du 20 octobre 1790, A.P., t. 19, p. 729, 730 et 732.
(137) Cf. Lally-Tolendal, Chambre des pairs, séance du 24 décembre 1816, *Impressions*, t. I, 1816, n° 19.
(138) Cf. La Luzerne, *Sur la responsabilité des ministres*, 1816 ; *Réponse au discours prononcé dans la Chambre des pairs par M. Lally-Tolendal sur la responsabilité des ministres*, 1817 ; *Sur le projet de loi relatif à la responsabilité des ministres*, 1817.
(139) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 520.
(140) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 561.
(141) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. p. 412 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558.
(142) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., p. 415 et 416 ; séance du 4 septembre 1789, A.P. t. 8, p. 555, 561 et 562. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 522.
(143) Cf. à ce sujet J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, op. cit., p. 61 à 74.
(144) Cf. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, traduction par N.-M. Chompré, 1822-1823, t. I, p. 299 et suivantes.

anglaise. Il convient donc de s'interroger sur la signification d'un tel choix. On verra que celui-ci impliquait, pour les monarchiens, la délégation de la souveraineté et la monarchie limitée.

A - LA DÉLÉGATION DE LA SOUVERAINETÉ

En préconisant l'établissement d'un régime représentatif, les monarchiens ne faisaient guère preuve d'originalité, puisque nul ne pensait autrement, tout au moins au début de la Révolution. En voulant réserver la représentation aux seuls propriétaires, ils rencontraient déjà un peu plus d'opposition ; mais ils étaient loin d'être isolés, comme le prouve l'adoption contestée du marc d'argent. Ce qui différencie vraiment les monarchiens, c'est d'avoir vu dans le système représentatif imité de l'Angleterre un mécanisme de délégation de la souveraineté. Pour eux, comme pour Rousseau, mais à l'inverse de la majorité constitutionnelle, la volonté générale ne peut pas être représentée (145) ; mais, comme ils écartent en même temps, contrairement à Rousseau cette fois, toute participation directe du peuple lui-même au pouvoir politique, la souveraineté ne peut être que déléguée. Il en résulte, pour les monarchiens, une conception des rapports entre la nation et ses représentants, qui est très différente de celle qui va prévaloir dans la tradition constitutionnelle française.

1°) La nature de la délégation

Admettant comme la plupart de leurs contemporains, mais contrairement à Montesquieu, le principe d'un contrat social initial (146), les monarchiens se défendaient "de vouloir nier que toute autorité émane de la nation" (147). Ils ne contestaient pas même que la collectivité des citoyens eût le droit de se réserver ou de reprendre l'exercice direct de la puissance publique (148). Mais cela ne leur semblait guère possible dans un grand État moderne, et de toute façon peu souhaitable. De Lolme avait montré, selon eux, avec "une évidence irrésistible" (149), que le peuple ne saurait se gouverner directement lui-même avec clairvoyance. Surtout, une telle démocratie était à leurs yeux tout à fait incompatible avec la nécessité d'institutionnaliser et de séparer les pouvoirs, afin d'empêcher tout arbitraire, celui de la multitude étant plus à craindre encore que celui d'un seul (150). Le peuple doit donc, dans son propre intérêt, renoncer à "exercer par lui-même les fonctions de la souveraineté" (151) ; il doit les déléguer à des organes établis, qui deviennent ainsi conjointement le souverain effectif, comme l'est le parlement en Angleterre (152).

---

(145) Cf. en particulier Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 160 ; Malouet, séance du 8 août 1791, A.P., t. 29, p. 276 ; Mounier, *Adolphe, ou principes élémentaires de politique*, p. 47.
(146) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 610 et suivantes ; *L'esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenman*, Revue du droit public, 1992, p. 639 et 641.
(147) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 410. Cf. aussi Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514 ; Mounier, séance du 23 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 123 ; Clermont-Tonnerre, séance du 18 mai 1790, A.P., t. 15, p. 561.
(148) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 624.
(149) Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 154. Cf. aussi Mounier, *Considérations sur les gouvernements...* op. cit., A.P., t. 8, p. 408 et 409.
(150) Cf. en particulier Mounier, *Constitution sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 408 à 410 ; *Adolphe....* op. cit., ch. X et XI.
(151) Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 110. Cf. aussi Mounier, séance du 4 septembre 1789, A. P., t. 8, p. 559 et 561.
(152) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 146 et 147 ; Lally-Tolendal, séance du 29 mai 1789, A. P., t. 8, p. 57 ; *Réponse à M. l'abbé D.*, op. cit., p. 125 à et 126 en note ; Malouet, séance du 1er septembre 1789, A. P., t. 8, p. 535 et 536 ; séance du 8 août 1791, A.P., t. 29, p. 264 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 156 et 157.

C'est dans cette perspective que Mounier fera adopter l'article 3 de la Déclaration des droits, qui dit que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation" (153). Mais ce texte sera suivi d'une Constitution dont la rédaction aura complètement échappé à l'influence des monarchiens, et qui affirmera au contraire, à l'article premier de son titre III, que la souveraineté "appartient à la nation". Ces deux formules expriment en effet deux conceptions opposées du système représentatif. Alors que dans la première la nation renonce à l'exercice de sa souveraineté originaire, et la délègue à des représentants dont elle fonde ainsi la légitimité, dans la seconde elle demeure titulaire de cette souveraineté qu'elle ne cesse jamais d'exercer elle-même, quoique ce ne soit que par des procédés représentatifs. Alors que d'après la première il existe une distinction irréductible entre la volonté de la nation et celle de ses représentants, d'après la seconde la volonté de la nation se confond inéluctablement avec celle qui est exprimée par les représentants. À la conception qui sera clairement rappelée par Mallet du Pan, et selon laquelle les représentants "sont plutôt les substituts que les organes de la volonté nationale" (154), s'oppose ainsi celle qui sera particulièrement illustrée par Sieyès, et selon laquelle "le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants" (155).

Cependant, les monarchiens pensaient que la nation ne devait pas totalement déléguer sa souveraineté, qu'"elle n'a pu ni dû se dépouiller entièrement" (156), car elle doit conserver "l'influence nécessaire pour empêcher les dépositaires de ses pouvoirs d'en faire un usage contraire à ses intérêts" (157). C'est pourquoi il leur paraissait nécessaire qu'il y ait une chambre élective, dont ils reconnaissaient même qu'elle devait constituer "la première portion du corps législatif" (158). Mais cette influence ne devait pas non plus devenir excessive, sous peine d'aller à l'encontre du but qu'ils poursuivaient en préconisant un régime représentatif : d'où leurs limitations de l'électorat et de l'éligibilité ; d'où leur opposition au mandat impératif (159) et à tout veto suspensif conçu comme un appel au peuple ; d'où, surtout, leur condamnation des institutions totalement électives des États-Unis, qu'ils estimaient beaucoup trop démocratiques (160), et auxquelles ils préféraient le système britannique, car "heureusement pour la liberté publique, une seule branche du pouvoir législatif en Angleterre est formée par les élus nationaux" (161).

Si, en effet, l'élection est pour les monarchiens un moyen qui permet à la nation de conserver un certain contrôle sur l'exercice de sa souveraineté (162), ce n'est pas cependant le procédé qui lui sert à la déléguer. Cette délégation se fait exclusivement par la Constitution, où la nation fixe les règles selon lesquelles elle consentira à reconnaître la compétence des organes qu'elle établit, et à se soumettre aux décisions que ceux-ci prendront en son nom (163). Dans cette perspective, des

(153) Mounier, séance du 21 août 1789, A.P., t. 8, p. 463. Cf. aussi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 147 ; Malouet, séance du 8 août 1791, A.P., t. 29, p. 264.
(154) Mallet du Pan, Mercure britannique, 10 janvier 1800, p. 482. Cf. en particulier aussi Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P. t. 8, p. 536.
(155) Sieyès, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 595.
(156) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514.
(157) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 410.
(158) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514.
(159) Cf. en particulier Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 231 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 420 ; séance du 4 septembre 1789, A.P. t. 8, p. 559 et 560 ; Clermont-Tonnerre, séance du 21 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 58.
(160) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., p. 415 ; Adolphe..., op. cit., p. 63 et 77.
(161) Mallet du Pan, Mercure britannique, 10 janvier 1800, p. 482.
(162) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 46 ; Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 157 ; Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 556.
(163) Cf. en particulier Clermont-Tonnerre, *Réponses sommaires à quelques objections de M. Barnave*, Œuvres complètes, t. II, p. 291 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 146 et 233.

institutions non électives, comme celles du roi ou de la chambre haute, peuvent acquérir un caractère tout aussi représentatif que la chambre élue (164). Plus exactement, à défaut d'être au sens propre les représentants de la nation, ceux-ci seront tout autant ses "délégués" (165) ou ses "mandataires" (166). D'ailleurs, malgré son origine élective, et en l'absence de tout mandat impératif, la seconde chambre ne peut pas non plus prétendre exprimer la véritable volonté de la nation (167), et elle ne peut tenir aussi son autorité que de l'habilitation prévue par la Constitution (168). Il y a à cet égard beaucoup de différence, entre le point de vue des monarchiens, et la tradition constitutionnelle française issue de la Révolution.

2°) Les conséquences de la délégation

Alors que le système de Sieyès reposait sur l'impossibilité de distinguer la volonté de la nation de celle de ses représentants, celui des monarchiens repose au contraire sur l'impossibilité de les identifier. Cette différence est une raison centrale de l'opposition de ces derniers au déroulement d'une Révolution, au cours de laquelle, d'après eux, "on n'a que trop souvent confondu et voulu confondre la nation avec ses représentants" (169). Les monarchiens admettaient bien qu'il fût nécessaire de lier les seconds à la première. Mais, c'est justement parce qu'ils se refusaient à toute assimilation fallacieuse, qu'ils entendaient d'autant plus lui subordonner leurs décisions. La Constitution joue pour eux un rôle décisif, à cet égard, en déléguant et en organisant l'exercice de la souveraineté. La qualité de ses dispositions doit donc permettre que la substitution de "la volonté des représentants à la place de la volonté de la nation" n'empêche pas de dégager "une volonté que la nation reconnaît alors pour sienne" (170). Ainsi que l'avait bien expliqué Clermont-Tonnerre : "La nation qui se constitue et se fait représenter par les pouvoirs constitutionnels, renonce à émettre une véritable volonté générale ; elle s'engage à reconnaître pour la volonté générale, celle de la législature ; mais elle impose à la législature l'obligation de suivre des règles certaines auxquelles seule [sic] elle consent à reconnaître sa volonté" (171).

Il faut d'abord, à cette fin, que la Constitution limite strictement la compétence des organes institués, et les maintienne sous la domination de la nation. C'est ainsi que les monarchiens auraient préféré que la Déclaration des droits ne soit pas un simple préalable aux règles constitutionnelles, mais leur soit incorporée comme les précédents britanniques, afin de lui attribuer une valeur contraignante en

(164) Cf. Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 118 et 119 ; Boisgelin, *Considérations sur la paix publique adressées aux chefs de la Révolution*, 1791, Oeuvres, 1818, p. 488 et 489 ; Malouet, *Mémoires*, op. cit., 300 ; Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 561 ; *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p.102.
(165) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 414 ; séance du 4 septembre 1789 t. 8, p. 561.
(166) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., p. 520 ; Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P p. 556.
(167) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 160 ; Mallet du Pan, Mercure britannique, 10 janvier 1800, p. 482.
(168) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 414 ; Clermont-Tonnerre, séance du 21 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 58 et 59.
(169) Clermont-Tonnerre, Avertissement précédant son opinion du 15 juin 1789, *Œuvres complètes*, t. I, p. 268. Cf. aussi *Analyse raisonnée...*, op. cit. p. 289 ; Mounier, *Exposé de ma conduite...*, op. cit. p. 100 en note ; Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P., t. 8, p. 535 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P. t. 9, p. 118.
(170) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit. p. 233 ; cf. aussi annexe à la séance du 18 mai 1791, A.P., t. 26, p. 216.
(171) Clermont-Tonnerre, *Réponse sommaire à quelques objections ...*, op. cit., p. 291.

droit positif pour les différents pouvoirs (172). Ils insistaient aussi, dans la même perspective, sur la nécessité d'établir des dispositions qui, tout en évitant d'identifier la volonté des représentants et celle de la nation (173), préservent un contrôle effectif de cette dernière : droit de dissolution (174), mais aussi élections n'excédant pas deux degrés, et durée des mandats limitée à trois ans (175). Même quand les monarchiens auront plus tard un peu perdu de leur enthousiasme pour ces constructions constitutionnelles (176), ils seront toujours très vigilants sur ce point, et très critiques des stratagèmes du Consulat, qui étaient beaucoup plus destinés à manipuler le corps électoral, qu'à favoriser la libre expression des citoyens (177).

Pour assurer la subordination des pouvoirs institués à la nation, il ne suffit pas de les soumettre à des règles constitutionnelles. Il faut encore, à l'exemple de l'Angleterre selon les monarchiens (178), que la Constitution ne soit pas le fait de ces délégués eux-mêmes, mais émane "expressément" -ainsi que le précisait l'article 3 de la Déclaration des droit, proposé par Mounier- de la nation originairement souveraine. C'est pourquoi les monarchiens insistaient sur la nécessité de respecter les cahiers des États généraux et les mandats impératifs, tant qu'il s'agissait d'élaborer cette Constitution (179). Faute d'avoir obtenu gain de cause à ce sujet, ils soutiendront toujours ensuite que la Constitution devait être soumise à l'approbation de la nation avant d'entrer en vigueur (180). Rien ne leur paraissait plus spécieux que de prétendre se passer de ce consentement formel, sous prétexte que le texte constitutionnel affirmait lui-même être la volonté présumée de la nation (181) ; ainsi que le faisait remarquer Clermont-Tonnerre, "c'est peut-être la plus ingénieuse invention politique que celle d'avoir déclaré souveraine une nation, en lui interdisant, par le fait même, tout usage de sa souveraineté" (182).

Il est vrai que les monarchiens pensaient qu'après ce premier établissement, la Constitution serait révisée par les organes institués eux-mêmes, comme en Grande-Bretagne (183). Sans doute prenaient-ils soin de préciser que ces derniers n'agiraient alors qu'en vertu de leurs pouvoirs délégués, puisqu'ils seraient soumis aux dispositions prévues par la Constitution pour ce faire. Mais là n'était pas l'essentiel pour les monarchiens. Ce qui leur importait avant tout, c'est que la nation puisse toujours revenir quand bon lui semble sur cette délégation, et se ressaisir elle-même de l'exercice du pouvoir constituant, comme d'ailleurs de l'ensemble du pouvoir

(172) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 119 ; Lally-Tolendal, séance du 19 août 1789, A.P., t. 8, p. 458. Cf. aussi dans une moindre mesure, Mounier, séance du 9 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 216 ; Lally-Tolendal, séance du 11 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 222 et 223 ; Malouet, séance du 1er août 1789, A.P., t. 8, p. 322 et 323.
(173) Cf. ci-dessus notes 60 et 61, 89 à 91, 159 et 160.
(174) Cf. ci-dessus notes 101 à 104.
(175) Cf. Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 556, 559, 562, et 563.
(176) Cf. en particulier Mounier, *Recherches sur les causes....* op. cit., t. II, p. 273.
(177) Cf. Mallet du Pan, Mercure britannique, 10 janvier 1800, p. 485 ; Malouet, *Aperçu des moyens...*, op. cit., f. 397.
(178) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p 110 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., 246 et 247.
(179) Cf. Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 231 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., p. 420 ; Séance du 28 août 1789, A.P., t. 8, p. 504 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 247 et 248, t. II, p. 15 et 45 ; Malouet, séance du 13 octobre 1789, A.P., t. 9, p. 434 à 437 ; séance du 10 juillet 1791, A.P., t. 28, p. 276.
(180) Cf. Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A. P., t. 9, p. 109 en note ; *Lettre relative au serment de la Constitution*, 6 février 1790, p. 7 et 8 ; Malouet, séance du 5 mars 1791, A.P., t. 23, p. 686 ; séances des 29 et 30 août 1791, A.P., t. 30, p. 38 à 44, et 64 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 274 à 279.
(181) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 335.
(182) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 235. Cf. aussi Bergasse, *Réflexions sur le projet de Constitution présenté à l'Assemblée nationale par les comités de Constitution et de révision réunis*, p. 6 à 9.
(183) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 153 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements....* op. cit., A.P., t. 8, p. 421.

politique. Pour eux en effet, comme pour De Lolme (184), "il existe un remède terrible, il est vrai, celui de l'insurrection" (185), contre les abus ou l'incurie des représentants du peuple. C'est précisément parce que ce remède est terrible, générateur de troubles et d'anarchie, susceptible d'"opérer la tyrannie démocratique ou la dissolution de la société" (186), qu'il faut le réduire à un ultime recours, et le rendre le plus rare possible, en organisant une procédure instituée de révision de la Constitution. Il n'en reste pas moins que la nation était ainsi, pour les monarchiens, maîtresse à tout moment de la délégation de sa souveraineté.

Pour que la nation puisse effectivement garder cette maîtrise, il faut qu'elle puisse contrôler en permanence l'action de ses délégués. Plus encore que la liberté des élections, ce qui importe à cet égard, pour les monarchiens, c'est la liberté de l'opinion. La première est certes nécessaire pour établir un lien de dépendance entre les députés et la masse des citoyens (187) ; mais il ne faut pas oublier qu'elle ne concerne directement qu'un seul des trois organes, auxquels la nation délègue conjointement sa souveraineté, et qu'elle ne doit pas provoquer une identification abusive de la volonté de l'assemblée élective avec la volonté nationale. Aussi, ce qui compte surtout pour les monarchiens, c'est une liberté générale de l'opinion publique, susceptible d'assurer son contrôle sur l'ensemble des pouvoirs établis, à l'exemple de la Grande-Bretagne, où "les Anglais ont parfaitement compris que la plus grande de toutes les forces politiques, celle qui tient en équilibre toutes les autres, est la force de l'opinion" (188). On remarquera d'ailleurs que réduire ainsi l'exercice de la souveraineté originaire aux pressions de l'opinion et aux menaces d'insurrection, avait en outre l'avantage de dispenser les monarchiens de toute précision embarrassante sur la consistance exacte de la nation souveraine.

Dans cette perspective, les monarchiens attacheront, comme De Lolme (189), la plus grande importance au rôle de la liberté de la presse dans les institutions britanniques (190), et ils s'efforcent d'abord de les imiter aussi sur ce point (191). Mais ils en viendront vite à douter que les journées insurrectionnelles et les réactions de l'opinion pendant la Révolution aient vraiment pu exprimer la volonté nationale ; aussi seront-ils de plus en plus réticents à maintenir en France, tout au moins dans l'immédiat, une liberté de la presse en proie aux déchaînement des passions populaires (192) . Ils n'en porteront néanmoins qu'un regard plus nostalgique sur cette Angleterre où "la censure de l'opinion et la liberté de la presse conservent leur efficacité" (193). On peut donc légitimement penser qu'ils n'avaient pas perdu l'espoir de les voir rétablies un jour dans leur propre pays (194), et que ce fut là l'obstacle le plus sérieux à leurs ralliements sans réserves au système du Consulat.

---

(184) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit. t. I, p. 50 et 51, t. II, p. 39 à 50.
(185) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 421 ; cf. aussi Malouet, séance du 2 mai 1791, A.P., t. 25, p. 497.
(186) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 421 ; cf. aussi, idem, p. 414 ; séance du 4 septembre 1798, A.P., t. 8, p. 561.
(187) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 46 ; Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 157 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit. p. 209 et 278 ; *Considérations sur les gouvernements* ..., op. cit., A.P., t. 8, p. 410 et 413.
(188) Bergasse, *Lettre à M. Dinocheau*, 15 février 1790, p. 29.
(189) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. II, p. 13 à 38.
(190) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 157 à 159 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 119 à 120.
(191) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 412 ; séance du 27 juillet 1789, t. 8, p. 286 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558.
(192) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 645 et 646.
(193) Mallet du Pan, Mercure britannique, 10 janvier 1800, p. 483.
(194) Cf. en particulier Mounier, *De l'influence attribué aux philosophes, aux francs-maçons et aux illuminés sur la Révolution de France*, 1801, p. 243.

B - LA MONARCHIE LIMITÉE

Alors que les monarchiens dissimulaient leur indécision sur les fondements de la souveraineté originaire, derrière des références à "l'opinion publique, dont le propre est de n'avoir aucun tribunal visible" (195), ils étaient au contraire très précis sur l'organisation de la souveraineté déléguée. C'est d'ailleurs parce qu'ils pensaient que la qualité de cette organisation devait suffire à la bonne marche de l'État, qu'ils laissaient à l'arrière plan des questions un peu trop métaphysiques à leur goût. Ce qui leur importait, c'était d'établir en France "une monarchie limitée, telle que celle de l'Angleterre" (196) ; c'est-à-dire un régime qui laissait au roi l'intégralité du pouvoir exécutif, mais qui lui retirait une part importante du pouvoir législatif. De Lolme, avait en effet montré de façon décisive, d'après eux (197), que : "la division du pouvoir législatif, la réunion du pouvoir exécutif sont deux axiomes politiques que la raison et l'expérience ont placés hors de toute atteinte. Partout où le pouvoir législatif est dans une seule main, partout où le pouvoir exécutif est partagé entre plusieurs, la liberté ne peut exister" (198).

1°) La division du législatif

Les monarchiens voyaient d'abord, dans l'imitation de la Constitution anglaise, le moyen de priver le monarque de la toute puissance dont il disposait auparavant en matière législative, sans pour autant la transférer purement et simplement au peuple ou à ses députés. Ils admettaient bien que "les représentants de la nation doivent être la première portion du corps législatif" (199), dans la mesure où celui-ci n'est qu'une émanation de la collectivité originairement souveraine. Mais ils ne croyaient pas que la nation devait en conserver elle-même la maîtrise exclusive, que ce soit en le constituant uniquement d'organes électifs comme aux États-Unis, ou que ce soit en établissant un veto suspensif conçu comme un appel au peuple (200). Pour éviter que ne s'établisse "un régime démocratique" (201), et pour maintenir une véritable monarchie (202), ils considéraient, non seulement qu'il fallait un roi héréditaire, mais aussi que "le roi doit être une partie intégrante du pouvoir législatif" (203).

Les monarchiens voulaient ainsi, comme Montesquieu (204) et comme De Lolme (205), donner au roi un droit de veto, pour lui permettre de protéger son domaine de compétence contre les empiétements du corps législatif (206). Mais il ne

(195) Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 120.
(196) Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 126.
(197) Cf. Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 152 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements*.... op. cit., A.P., t. 8, p. 414 et 415.
(198) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514 ; cf. aussi séance du 29 mai 1789, A.P., t. 8, p. 57.
(199) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514.
(200) Cf. ci-dessus, note 89 et 160.
(201) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 563.
(202) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 522 ; Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P., t. 8, p. 536 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 414 et 415 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 563 ; *Exposé de ma conduite*..., op. cit., p. 103 ; *Recherches sur les causes*..., op. cit., t. II, p. 89.
(203) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514.
(204) Cf. à ce sujet G. Bacot, *L'esprit des lois*..., op. cit., p. 631 et 632.
(205) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 106, et t. II, p. 3.
(206) Cf. Mounier, *Nouvelles observations*..., op. cit., p. 267 ; *Considérations sur les gouvernements*..., op. cit., A.P., t. 8, p. 413 et 414 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 559 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514 et 518 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 118 et 121 en note.

s'agissait pas uniquement de cela. Même réduite au seul droit de sanction, la participation du monarque à l'exercice de la fonction législative devait avoir aussi, pour les monarchiens, une influence sur le déroulement des débats et le contenu de la législation. Montesquieu croyait que la qualité des lois positives était garantie, en Grande-Bretagne, du seul fait que le roi pouvait contraindre les chambres à ne s'occuper que de la législation (207) ; De Lolme lui-même ne dépassait guère ce point de vue (208), et il destinait encore les interventions de l'exécutif dans l'élaboration des lois, à empêcher surtout les empiétements sur ses propres prérogatives. Les monarchiens pensaient au contraire que le veto du monarque lui permettrait d'abord d'exercer le "plus beau droit de la couronne, celui de veiller aux intérêts du peuple, et de défendre sa liberté" (209), car "il ralentit la marche de la législation, et la rend sage et réfléchie" (210).

Dans le même esprit, le bicaméralisme n'est plus du tout destiné, comme chez Montesquieu (211) et même encore dans une certaine mesure chez De Lolme (212), à protéger des minorités privilégiées, puisque les monarchiens récusent précisément toute idée de privilèges et d'aristocratie (213). Il sert uniquement à améliorer la qualité générale de la législation, en favorisant la stabilité des lois, en imposant une grande lenteur dans les délibérations, et en évitant les résolutions irréfléchies adoptées dans la précipitation et l'enthousiasme (214), grâce à une seconde assemblée qui aura une position, et donc un point de vue, différents de la première (215). Montesquieu concevait le veto réciproque de la Chambre des lords et de la Chambre des communes, comme un procédé essentiellement négatif, pour empêcher l'adoption par l'une d'entre elles, de mesures qui auraient porté atteinte aux droits des catégories sociales que l'autre est chargée de défendre. De Lolme attachait déjà beaucoup moins d'importance à cet aspect du bicaméralisme et il insistait plutôt sur son utilité positive pour préserver le bien public (216). Dans son prolongement, les monarchiens ne verront plus dans leur droit de veto mutuel, qu'un moyen à la disposition des assemblées pour obtenir un nouvel examen et l'amendement de leurs textes respectifs, afin de perfectionner une œuvre législative commune (217).

C'est, en définitive, une coopération générale des trois organes qui sont impliqués dans l'exercice de la fonction législative, que les monarchiens souhaitaient établir. Mounier expliquait en ce sens, que "les deux chambres pourraient s'éclairer mutuellement par des conférences publiques ; ces mêmes conférences pourraient avoir lieu avec les ministres" (218). C'est là exactement la conception que Charles Eisenman prétendait déceler dans le fameux chapitre VI, du livre XI de *l'Esprit des lois*, consacré aux institutions anglaises ; aussi estimait-il que les monarchiens

(207) Cf. à ce sujet G. Bacot, *L'esprit des lois...*, op. cit. p. 652 et 653.
(208) Cf. cependant De Lolme, *Constitution de l'Angleterre....* op. cit., t. I, p. 293.
(209) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 562. Cf. aussi *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 102 ; Malouet, séance du 1er septembre 1789, A.P., t. 8, p. 536 ; *Correspondance avec les officiers municipaux....* op. cit., p. 114.
(210) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 415. Cf. aussi Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 116 à 118.
(211) Cf. à ce sujet G. Bacot, *L'Esprit des lois...*, op. cit., p. 635.
(212) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 300 et 301.
(213) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques...*, op. cit., p. 628 à 631.
(214) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 416 à 418 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 555 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 515 à 516 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 114 et 115.
(215) Cf. ci-dessus note 77.
(216) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 294 et 295.
(217) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 418 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 516 et 521.
(218) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558 ; cf. aussi séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 526 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 256.

n'étaient à cet égard que les disciples fidèles de Montesquieu (219) ; et peut-être que ceux-ci l'ont parfois cru eux-mêmes (220). Il nous semble cependant que c'est à tort, car Montesquieu se préoccupait beaucoup plus de faire ressortir la spécialisation de chaque organe, que leur collaboration, dans le régime britannique de son temps (221). Par contre, c'est bien la doctrine des monarchiens, qui reprennent cette idée d'une participation conjointe des deux chambres et du roi à la confection des lois, de façon à former un gouvernement mixte (222), qui distinguait déjà, selon Jean-Pierre Machelon, le système de De Lolme, de celui de Montesquieu (223).

Il y a cependant une certaine différence entre De Lolme et les monarchiens. Le premier, encore assez proche de Montesquieu, avait tendance à ne reconnaître au monarque, qu'un rôle plus limité et essentiellement négatif, dans le processus législatif. Ainsi, s'il envisage de la même façon des conférences de conciliation entre les deux assemblées (224), tout exclut dans son propos que ces conférences puissent réunir aussi les ministres (225), contrairement à ce que souhaiteront les monarchiens. Ces derniers, à l'inverse, avaient quelques difficultés à justifier entièrement la place de la chambre haute dans l'élaboration des lois, puisqu'ils lui refusaient toute représentativité spécifique (226). En réalité, ni l'un ni les autres ne réalisent parfaitement cet équilibre caractéristique d'un gouvernement mixte. On en trouve une version sans doute beaucoup plus exacte chez John Adams, qui préconise vraiment une participation égale et distincte, des trois éléments monarchiques, aristocratiques et démocratiques, à la fonction législative (227). Mais De Lolme se situe un peu en deçà, faute d'admettre clairement comme celui-ci (228), l'influence du roi sur les débats parlementaires ; tandis que les monarchiens se situent déjà au-delà, faute de se résigner à une consécration institutionnelle des distinctions sociales.

De Lolme n'hésitait pas à reconnaître que "les lords sont membres de la législation, en vertu d'un droit inhérent à leur personne et censés assister au parlement pour leur propre compte et pour le soutien de leur intérêt propre" (229). Adams insistait beaucoup plus encore sur l'existence inéluctable d'une aristocratie, dans tout État un tant soit peu développé, et sur la nécessité de lui attribuer une représentation séparée au sein du parlement (230). Mais, comme les monarchiens récusaient toute forme de privilèges, ils étaient portés à réduire à deux seulement les ingrédients du gouvernement mixte : à savoir le roi et la nation (231). Aussi

(219) Cf. en particulier Ch. Eisenman, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Bicentenaire de l'*Esprit des lois*, Sirey, 1952, p. 135.
(220) Cf. en particulier Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 4 et 5 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 62.
(221) Cf. à ce sujet, G. Bacot, *L'esprit des lois...*, p. 650 et suivantes.
(222) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 515, 516 et 521 ; *Lettre écrite au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 35 ; Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 113 et 124 ; Mercure de France, 27 novembre 1790, p. 297 ; Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., t. II, p. 11 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 248 à 250 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 5, t. II, p. 249 et 250 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 62.
(223) Cf. J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, op. cit., p. 87 à 89, et 102.
(224) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 300.
(225) Cf. en particulier De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 312 et 315, t. II, p. 180 et 181.
(226) Cf. en particulier Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 245, 256, 269 et 270 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 417 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519 et 520.
(227) Cf. J. Adams, *Défense des Constitutions américaines...*, op. cit., en particulier t. I, p. 55 et 179.
(228) Cf. J. Adams, *Défense des Constitutions américaines...*, op. cit., en particulier t. II, p. 233.
(229) De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 300 et 301.
(230) Cf. J. Adams, *Défense des Constitutions américaines...*, op. cit., t. I, p. 178 et 213 ; t. II, p. 232, 240, 385, et 386.
(231) Cf. Bergasse, *Observations sur les préjugés de la noblesse héréditaire*, 1789, p. 17 ; Clermont-Tonnerre, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 283 et 284 ; Lally-Tolendal, séance du 29 mai 1789, A.P., t. 8, p. 57 ; séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514 et 515 ; *Première lettre à ses commettants*, 17 octobre 1789, A.P., t. 9, p. 652 ; Malouet, *Projet de Constitution*, op. cit., t. I, p. 58 ; Mounier, *Nouvelles*

hésitaient-ils à faire franchement de la seconde chambre, un troisième organe législatif à part entière, placé sur le même plan que les deux autres. Tantôt ils y voyaient surtout une sorte de dédoublement de la représentation nationale, destinée à améliorer la qualité des débats ; c'est-à-dire une simple composante de l'élément démocratique (232). Tantôt ils y voyaient plutôt "une magistrature politique et judiciaire" (233) ; c'est-à-dire l'arbitre des relations entre les éléments démocratique et monarchique, situé en retrait, pour juger leurs différends et maintenir la Constitution (234).

Dans l'émigration, Mallet du Pan reviendra quelque peu sur ses positions antérieures (235), et il s'en prendra vigoureusement à toute idée de gouvernement mixte et de partage des pouvoirs (236). Mais, il en résultera pour lui un certain isolement parmi ses amis politiques, qui lui reprocheront son revirement (237) et ne le suivront pas dans cette voie. Certes, d'autres monarchiens critiqueront aussi "gouvernement mixte" (238) et "division des pouvoirs" (239). On n'a cependant pas toujours suffisamment remarqué (240) que ceux-ci ne visaient plus alors sous ces termes la participation conjointe du monarque et des représentants de la nation à la confection des lois, qu'ils souhaitaient précisément rétablir (241), mais au contraire la stricte spécialisation des organes exécutif et législatif établie par la Constitution de l'an III. Ils iront même, dans cette perspective, jusqu'à mettre en cause les institutions anglaises ; mais c'est justement parce qu'ils étaient maintenant suffisamment bien placés, pour se rendre compte que la désuétude du veto avait en réalité privé le roi de toute compétence directe en matière législative (242).

Les monarchiens contesteront donc cette dérive parlementaire du régime britannique et resteront, jusqu'au bout, fermement attachés au gouvernement mixte, compris comme un système qui fait participer ouvertement un monarque et deux assemblées à la fonction législative. Certains, peu nombreux à vrai dire, en reviendront même à justifier la pluralité des chambres par la reconnaissance d'une aristocratie, à laquelle il faudrait donner des représentants particuliers pour assurer l'équilibre des pouvoirs (243). Tous, cependant, insisteront de plus en plus sur la nécessité d'attribuer pleinement au chef de l'État une place à part entière dans la confection des lois : l'abandon de leur préférence initiale pour le veto, au profit d'un droit exclusif d'initiative, sera très représentatif de ce souci de renforcer l'influence de

---

observations..., op. cit., p. 5 et 267 ; séance du 9 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 216 et 217 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 413 et 414 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 560.

(232) Cf. Champion de Cicé, séance 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 282 ; Mounier, *Considérations sur les gouvernements ...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 418 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 516 ; Malouet, séance du 7 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 591 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 114 et 115.

(233) Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 519.

(234) Cf. Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 268 et 271 ; *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A. P. t. 8, p. 417 et 418 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 193 ; Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 520 et 522.

(235) Cf. à ce sujet R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 234.

(236) Cf. Mallet du Pan, en particulier lettre du 6 décembre 1795 à Saladin, F. Descostes, *Mallet du Pan à Berne et à Londres d'après une correspondance inédite*, Mame, 1897, p. 525 à 527 ; lettre du 15 février 1796, *Correspondance avec la Cour de Lisbonne*, Annales historiques de la Révolution française, 1966, p. 86.

(237) Cf. Malouet, lettres du 4 mai et du 28 juin 1797 à Mallet du Pan, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 513 à 521, et plus spécialement p. 519.

(238) Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit., f. 565.

(239) Malouet, lettre du 28 juin 1797 à Mallet du Pan, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 520.

(240) Cf. ainsi R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 232 à 235.

(241) Cf. Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit., f. 567 ; Malouet, *Lettre à l'auteur du Mercure britannique* du 25 juillet 1799, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 527 et 528.

(242) Cf. Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit., f. 565 ; Malouet, lettre du 28 juin 1797 à Mallet du Pan, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 520.

(243) Cf. ainsi Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit., f. 567 et 568.

l'exécutif sur la législation (244). La relative indécision des monarchiens sur la nature de la seconde chambre, leur permettait de s'accommoder, sans trop de difficultés, des expériences successives du Directoire et du Consulat en la matière, en attendant de voir se réaliser leur vœu le plus profond sous la Restauration. Par contre ils ne pouvaient voir déjà, qu'avec la plus grande satisfaction, la Constitution de l'an VIII réagir contre le défaut principal à leurs yeux de la précédente, en restituant au pouvoir exécutif un rôle primordial dans la préparation des lois.

2°) L'unité de l'exécutif

Alors qu'ils voulaient diviser le législatif, les monarchiens tenaient au contraire à l'unité de l'exécutif dans les mains du roi. Ils estimaient indispensable de conférer à celui-ci une autorité suffisamment forte, pour garantir en toutes circonstances une application et un respect rigoureux de la législation, car, "pour que les lois puissent maintenir la liberté, il faut assurer leur exécution" (245). Ils ne craignaient pas, ce faisant, d'exposer cette liberté aux atteintes du pouvoir exécutif lui-même, dans la mesure où celui-ci devait demeurer entièrement subordonné au pouvoir législatif. La monarchie limitée que les monarchiens appelaient de leurs vœux n'impliquait donc aucune renonciation du monarque à quelque partie que ce soit de sa compétence exécutive. Elle signifiait seulement que le roi qui devait être dessaisi des attributions purement subjectives, qu'il avait acquises sous l'Ancien régime pour la confection des lois, serait désormais tenu de les respecter dans l'exercice de sa fonction exécutive : "ainsi la liberté nationale ne consiste pas à atténuer ou à transposer le pouvoir exécutif sans l'autorité duquel elle ne peut exister ou se maintenir ; mais à prévenir sa direction arbitraire ; ce qui est éminemment le droit et le devoir du Corps législatif" (246).

Pas plus que Montesquieu (247) ou De Lolme (248), les monarchiens ne songent à balancer les fonctions législatives et exécutives l'une par l'autre. Pour eux, "le pouvoir de faire la loi doit être, et il est en effet supérieur au pouvoir qui l'exécute" (249). Ils ont certes un peu tendance à penser, comme Montesquieu, que l'exécution est aussi une manifestation de la volonté souveraine, au même titre que la législation (250). Ils précisent cependant que "le pouvoir législatif, le plus essentiel de la souveraineté" (251), constitue le "souverain effectif" ou la "volonté suprême" (252), et que "la loi est supérieure à toute autorité" (253). En outre, contrairement cette fois à Montesquieu, les monarchiens réduisent strictement le rôle de l'exécutif à la seule exécution des lois ; "l'autorité du Roi n'étant que l'exécution

(244) Cf. Boisgelin, *Projet de déclaration du Roi*, op. cit. f. 567 et 569 ; cf. aussi ci-dessus notes 109 et 113.
(245) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 409. Cf. en particulier aussi Mallet du Pan, *Mémoires et correspondance recueillis et mis en ordre par A. Sayous*, Amyot-Cherbuliez, 1851, t. II, p. 483.
(246) Malouet, séance du 20 février 1790, A.P., t. 11, p. 656.
(247) Cf. à ce sujet G. Bacot, *L'Esprit des lois...*, op. cit., p. 625 et 626.
(248) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 112 et 113.
(249) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 559.
(250) Cf. en particulier Mounier, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 286 ; séance du 23 septembre 1789, A.P. t. 9, p. 123.
(251) Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 191 ; cf. aussi *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 414 ; *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 103 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 2.
(252) Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 124.
(253) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 412.

de la loi" (254), "le Roi ne règne que par elle, et quand il ne commande pas au nom de la loi, il ne peut exiger d'obéissance" (255).

Dès lors, moins encore que Montesquieu, qui soutenait déjà que "l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner" (256), les monarchiens ne craignent pas que le pouvoir exécutif ne sorte de son domaine de compétence. Ils s'en soucient d'autant moins que, les lois n'ayant pu entrer en vigueur qu'avec l'approbation du roi, celui-ci n'a aucune raison de refuser ensuite de les appliquer (257). Certes, les monarchiens reconnaissent que certaines précautions demeurent nécessaires pour maintenir cette subordination de l'exécutif au législatif. Mais, comme ils trouvent que "ces moyens sont très simples et très connus" (258), ils ne jugent pas utile de les exposer longuement : il est suffisamment acquis pour eux que, "le roi ne formant aucune loi, et ses agents étant responsables, il ne peut abuser de sa puissance" (259). Ils doutent d'autant moins "que la surveillance constitutionnelle du Corps législatif suffira toujours pour prévenir ou arrêter les formes arbitraires et oppressives" (260), qu'ils ne croient pas que le prince "serait assez insensé pour résister à l'arme si puissante du refus des impôts" (261).

Les monarchiens s'inquiètent beaucoup plus, dans le sens contraire, de voir l'exécutif devenir trop faible pour remplir correctement son rôle. Ils se préoccupent d'autant plus de préserver sa puissance, que l'étendue du territoire et l'importance de la population rendent sa tâche plus difficile : l'imitation des Constitutions des républiques américaines serait à cet égard très dangereux, puisque celles-ci n'ont été prévues que pour de bien plus petits États (262). Il est indispensable à leurs yeux de conserver en France une monarchie héréditaire, et ils ne renonceront jamais complètement à la faire rétablir. Les monarchiens estiment, en effet, que "le pouvoir exécutif est nécessairement faible, s'il est confié à temps et par l'élection" (263), car il demeure alors trop dépendant des administrés, spécialement en ces périodes électorales durant lesquelles son autorité devient extrêmement fragile. En outre, "lorsque le pouvoir exécutif est dans les mains d'un seul, il a plus de force et de célérité" (264) ; aussi récusent-ils, non seulement toute forme de direction collégiale comme sous le Directoire (265), mais encore toute espèce de partage des responsabilité avec des instances concurrentes ou autonomes (266).

Les monarchiens insisteront dans cette perspective, tout au long de la Constituante, sur la nécessité de préserver ou de rétablir l'intégrité des prérogatives et la liberté d'action du pouvoir royal, dans le domaine exécutif. Dès le début des débats, ils contesteront à l'assemblée le droit de s'occuper des troubles (267) ou d'influencer le choix des ministres (268). Plus tard, ils soutiendront constamment les droits du monarque, en ce qui concerne la subordination des corps administratifs et

(254) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit. A.P., t. 8, p. 412.
(255) Mounier, séance du 27 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 286 ; cf. aussi séance du 28 août 1789, A.P. t. 8, p. 504 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 111 et 113.
(256) Montesquieu, *Esprit des lois*, L. XI, ch. 6, La Pléiade, p. 403.
(257) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 514.
(258) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 412 ; cf. aussi 1789, A.P., t. 8, p. 558.
(259) Mounier, *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 102.
(260) Malouet, séance du 20 février 1790, A.P., t. 11, p. 657.
(261) Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 561.
(262) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 410 à 412 ; séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 558 et 563 ; *Recherches sur les causes...*. op. cit., t. II, p. 198.
(263) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 411.
(264) Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 412.
(265) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., p. 23, 27 et 28.
(266) Cf. en particulier Mounier, séance du 4 septembre 1789, A.P., t. 8, p. 559.
(267) Cf. Clermont-Tonnerre et Mounier, séance du 1er juillet 1789, A.P., t. 8, p. 175 et 176 ; Virieu et Mounier, séance du 6 juillet 1789, A.P., t. 8, p. 196 et 198.
(268) Cf. ci-dessus notes 132 et 135.

militaires (269), la nomination des juges (270), les déclarations de guerre (271), ou même le choix de la résidence royale (272). Les monarchiens incitaient une fois de plus à ce sujet, à prendre pour modèle la Grande-Bretagne, où les chambres avaient su renoncer volontairement à certaines de leurs compétences, parce que celles-ci étaient de nature exécutive (273). Ils finiront même par soutenir qu'on devait maintenir en France encore plus de puissance au profit du roi, parce que celui-ci devait régner sur un État beaucoup plus grand, et beaucoup plus exposé aux menaces extérieures, que l'Angleterre (274).

Les monarchiens adoptaient ainsi une attitude sensiblement différente de celle de leur maître De Lolme. Certes, celui-ci avait déjà expliqué aussi que l'unité de l'exécutif était une condition essentielle de la force du gouvernement, tout spécialement dans un grand pays (275) ; c'est donc à juste titre que Mounier pouvait en l'occurrence se référer explicitement à son autorité (276). Mais, De Lolme insistait autant sur la nécessité de cette unité pour garantir un contrôle efficace de l'exécutif. Il pensait, en effet, d'une part que les responsabilités seraient ainsi mieux localisées (sans se rendre compte, semble-t-il, de la contradiction qu'il y avait de ce point de vue à rendre les ministres responsables à la place du roi) (277), et d'autre part que les députés seraient d'autant plus incités à surveiller avec diligence le gouvernement, qu'ils seraient eux-mêmes entièrement privés de toute participation à son action (278). Or, ce second type d'arguments est assez négligé par les monarchiens (279) : ceux-ci se soucient beaucoup plus de l'unité de l'exécutif pour renforcer son pouvoir, que pour assurer son contrôle par les assemblées législatives, non pas qu'ils aient contesté l'utilité de ce dernier, mais parce qu'ils l'estimaient suffisamment établi par ailleurs.

CONCLUSION

Jean-Pierre Machelon a montré que De Lolme établissait un enchaînement de délégations et de contrôles, depuis le peuple jusqu'au roi, en passant par les assemblées (280) : la qualité de la surveillance devait tenir alors à une distinction radicale entre activités de contrôle et activités déléguées, à chacune des articulations de ce dispositif. Il y avait ainsi chez De Lolme une sorte de combinaison des idées de Rousseau sur le fondement des pouvoirs, et de celles de Montesquieu sur leur séparation. Mais, comme le faisait remarquer aussi Machelon (281), ceci le conduisait à considérer, très paradoxalement, que l'exécutif serait d'autant mieux contrôlé, qu'il serait plus indépendant dans l'exercice de ses responsabilités. Les

(269) Cf. Clermont-Tonnerre, *Discours au club des impartiaux, Œuvres complètes*, t. IV, p. 12 et 13 ; séance du 22 février 1790, A.P., t. 11, p. 666 et 667 ; Malouet, annexe à la séance du 5 février 1790, A. P., t; 11, p. 440 ; séance du 20 février 1790, A. P., t. 11, p. 656 à 658 ; Montlosier, séance du 23 février 1790, A.P., t. 11, p; 678.
(270) Cf. Malouet, séance du 6 mai 1790, A.P., t. 15, p. 408 et 409 ; Clermont-Tonnerre, séance du 7 mai 1790, A.P., t. 15, p. 424 à 427.
(271) Cf. Malouet, séance du 17 mai 1790, A.P., t. 15, p. 533 à 536 ; Clermont-Tonnerre, séance du 18 mai 1790, A.P., t. 15, p. 560 à 564 ; Boisgelin, séance du 21 mai 1790, A.P., t. 15, p. 633 à 638.
(272) Cf. Clermont-Tonnerre, annexe à la séance du 25 février 1791, A.P., t. 23, p. 521 et 522.
(273) Cf. Lally-Tolendal, séance du 31 août 1789, A.P., t. 8, p. 517.
(274) Cf. Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 218 et 219 ; t. II, p. 271 et suivantes.
(275) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 265 et suivantes ; t. II, p. 162 et suivantes.
(276) Cf. Mounier, *Considérations sur les gouvernements...*, op. cit., A.P., t. 8, p. 410.
(277) Cf. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. I, p. 286 et suivantes.
(278) Cf. De Lolme. *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., t. II, p. 4 à 9, et 349 et suivantes.
(279) Cf. cependant Mallet du Pan, *Constitution de l'Angleterre*, op. cit., p. 151 et 152 ; Bergasse, annexe à la séance du 22 septembre 1789, A.P., t. 9, p. 110 et 111.
(280) Cf. J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, op. cit., p. 75 et 76, ainsi que 85 et 86.
(281) Cf. J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J.-L. De Lolme*, op. cit., p. 91.

monarchiens admettaient également que les députés reçoivent de la nation des droits imminents, mais que "pour qu'ils en usent, sans troubler l'action du gouvernement, ils doivent se borner à consentir, à rejeter et accuser" (282). Confrontés cependant à ce paradoxe et aux événements révolutionnaires, ils feront de plus en plus prévaloir l'ordre sur la liberté, l'autorité sur l'investiture, et la délégation sur le contrôle. Certaines réflexions personnelles de Mallet du Pan marquent bien l'aboutissement prévisible d'une telle évolution : "On parle sans cesse de Constitution. Le besoin de gouvernement est beaucoup plus pressant : c'est le gouvernement qui fait le sort du peuple, et qui assure la véritable liberté par le maintien de la loi" (283).

On comprend que Robert Griffiths ait pu croire, à la lecture de ce genre de textes, que "l'essence même du monarchisme était le postulat selon lequel le roi devait rester le détenteur de la souveraineté nationale" (284). Néanmoins, sans même avoir à relever qu'en général les autres monarchiens n'iront pas si loin dans leurs propos, il est difficile d'accepter son point de vue. Il a sans doute raison d'insister sur "cette conception fondamentalement unitaire du pouvoir d'État" (285) qui les caractérise. Mais il confond l'unité de l'action gouvernementale qu'ils préconisent, avec une unité de la puissance législative dont justement ils ne veulent pas. Son erreur résulte surtout de ce qu'il assimile délibérément (286) la dictature provisoire que les monarchiens ont souvent envisagée en désespoir de cause (287), au régime définitif qu'ils appellent de leur vœux. Il se trompe aussi en soutenant que cette conception des monarchiens les aurait finalement détournés de l'imitation de la Constitution anglaise (288). Mounier expliquera au contraire explicitement, que les mérites de celle-ci tenaient, précisément, à ce qu'elle demeurait plus proche d'une monarchie absolue que d'une république (289). Quelle qu'ait pu être l'ampleur du décalage avec les réalités politiques de leur temps, il est certain que les monarchiens ont continué à penser durablement que leur vision unitaire de la direction de la France, était inspirée par ce qu'ils estimaient être les institutions authentiques de la Grande-Bretagne.

Si, en définitive, une grande partie des monarchiens pourra se rallier au Consulat, ce n'est donc pas en raison d'un changement de perspective (290), mais bien parce que la nouvelle Constitution était comparable, dans ses grandes lignes, à celle qu'ils attribuaient à l'Angleterre : tout en rétablissant cette unité et cette force de l'exécutif qu'ils avaient vainement réclamées depuis le début de la Révolution, celle-ci maintenait cependant cette division et cette coopération au sein du législatif auxquelles ils étaient attachés. L'instauration de l'Empire ne sera pas de nature à beaucoup les affecter, puisque les monarchiens avaient toujours été partisans d'un exécutif héréditaire en France, et puisque ceux qui s'étaient déjà ralliés à Bonaparte, tout au moins, tenaient plus à cette hérédité qu'à la légitimité (291). Plus graves seront à leurs yeux les prolongations intempestives des entraves à la liberté de l'opinion (292), sans laquelle la division du législatif demeurait un leurre ; il devait

(282) Malouet, *Réponse à M.****, op. cit., p. 15.
(283) Mallet du Pan, *Mémoires et correspondance...*, op. cit. t. II, p. 483.
(284) R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 16.
(285) R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 16 en note ; cf. aussi, p. 86.
(286) Cf. R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 155.
(287) Cf. ci-dessus notes 25 et 26.
(288) Cf. R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., en particulier p. 96, 144, 152 et 155.
(289) Cf. Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 215.
(290) Cf. ainsi R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 255 et 256.
(291) Cf. à ce sujet E. Lavaquery, *Le cardinal de Boisgelin*, Plon, 1920, t. II, p. 348 ; R. Griffiths, *Le centre perdu...*, op. cit., p. 230 et 231. Cf. en particulier aussi Montlosier, *De la monarchie française*, op. cit., t. III, p. 220.
(292) Cf. à ce sujet E. Lavaquery, *Le cardinal de Boisgelin*, op. cit., t. II, p. 349 ; cf. aussi ci-dessus, notes 177, 193 et 194.

nécessairement en résulter pour eux, à la longue, une certaine prise de distance vis-à-vis du régime (293).

La déception des monarchiens sera de courte durée, puisqu'ils verront leur conception de la monarchie limitée s'imposer cette fois sans réserve aucune avec la Restauration (294). La Luzerne pourra alors l'appliquer en toute rigueur, bien qu'obligé maintenant d'insister beaucoup plus sur ses différences avec la réalité anglaise (295). Ce ne sera cependant qu'un triomphe éphémère, une victoire à la Pyrrhus, que certains parmi les derniers monarchiens payeront de la fidélité à leurs convictions initiales (296). Le texte même de la Charte comblait bien leurs vœux les plus chers, tout au moins sur la question essentielle à leurs yeux de l'organisation des pouvoirs, si ce n'est sur celle de leur source qui demeurait de toute façon pour eux plus indécise. Mais son application donna lieu rapidement à cette dérive parlementaire, qu'ils avaient déjà condamnée en Grande Bretagne, et qu'ils avaient toujours tant redoutée en France.

Les monarchiens n'ont donc pas réussi à marquer longtemps de leur empreinte les mécanismes institutionnels de leur pays, alors qu'ils ont eu une influence considérable, par delà la Restauration, sur les fondements de la tradition constitutionnelle française (297). Curieusement, les convictions auxquelles ils tenaient le plus, celles sur lesquelles ils avaient les idées les plus précises et pour lesquelles ils se sont continuellement battus, ne leur auront pas survécu ; par contre, les constructions plus abstraites qui leur semblaient un peu accessoires, celles sur lesquelles ils avaient les idées les plus vagues et pour lesquelles ils étaient disposés à bien des accommodements, auront un destin beaucoup plus remarquable.

(293) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Notice historique sur la vie de Mounier, p.* 18 ; *Mémoires de Malouet,* op. cit., préface p. XXI et XXII.
(294) Cf. à ce sujet S. Rials, *Révolution et Contre-révolution au XIXe siècle,* D.U.C. - Albatros, 1987, p. 88 à 152.
(295) Cf. La Luzerne, *Sur la différence de la Constitution française et de la Constitution anglaise,* 1815.
(296) Cf. à ce sujet ci-dessus, notes 137 et 138.
(297) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Les fondements juridiques...,* op. cit., p. 608.

POUR UNE THÉORIE NORMATIVE DE L'INSTITUTION

Par

Paul DUBOUCHET
Maître de Conférences au Centre Universitaire de Polynésie Française

RÉSUMÉ

La vieille théorie de l'institution d'Hauriou et de Renard peut être renouvelée et revivifiée si on lui donne le contenu normatif qui la rend à la fois intelligible et opératoire. Ce contenu procède de la distinction des normes primaires et secondaires telle qu'on la rencontre chez Hart et chez Bobbio : la notion d'institution correspond alors au «système normatif complexe» de Bobbio qui résulte de l'articulation entre des normes primaires et secondaires. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français, depuis 1970, en constitutionnalisant les différentes branches du droit, tend à transformer chacune de celles-ci en un «système normatif complexe», en une institution au sens renouvelé et normatif du terme

--*

Nous avons déjà essayé de montrer qu'une véritable approche normative du droit ne réside pas dans la *logique des normes* qui étudie les rapports entre les quatre formes normatives - l'obligatoire, l'interdit, le permis et le facultatif - mais dans la distinction entre des normes primaires et secondaires, c'est-à-dire (pour simplifier) entre des normes de conduite et des normes de compétence (1).

Nous commencerons par rappeler ce qu'il en est de cette distinction et de l'approche normative du droit qu'elle implique (Paragraphe 1er), avant de montrer qu'elle est susceptible de revivifier, de renouveler la théorie de l'institution, la rendant à la fois pleinement intelligible et incontestablement opératoire (Paragraphe 2ème).

(1) Nos ouvrages, *Les normes de l'action : droit et morale. Introduction à la science normative*, L'Hermès, 1990, et *La Pensée juridique avant et après le Code civil*, Livres I et II, L'Hermès, 1991 et 1992.

PARAGRAPHE 1er - L'APPROCHE NORMATIVE : LA DISTINCTION DES NORMES PRIMAIRES ET SECONDAIRES

L'idée selon laquelle toutes les règles juridiques ne sont pas sur le même plan, n'ont pas la même valeur ni la même portée, est assurément très vieille. Elle se trouve déjà chez Aristote -et cela n'est pas étonnant de la part de ce père du droit constitutionnel- lorsque, dans sa *Politique*, après avoir affirmé que «la Constitution est l'âme de la Cité», il sépare clairement les lois ayant un caractère subordonné et la loi première qui fonde et organise la Cité. La même idée se retrouve chez Saint-Thomas d'Aquin qui fait une distinction entre la «loi naturelle primaire» et la «loi naturelle secondaire» : seule la première présente un caractère d'immutabilité, se ramène à un seul principe «faire le bien, éviter le mal» tandis que la seconde varie avec les pays et les peuples, avec la diversité des choses humaines.

La distinction de normes de niveau différent se rencontre ensuite au XVIIIème siècle chez Bentham (2), mais c'est seulement à la fin du XIXème siècle que son caractère opératoire commence à être décelé par les théories générales du droit, et notamment en Allemagne chez Nawiasky, Bierling, Thon et surtout Jhering qui oppose les *normes sanctionnatrices* qui s'adressent au juge et les *normes non-sanctionnatrices* qui s'adressent au citoyen. Elle réapparaît au début du XXème siècle chez Kelsen, sous la forme de la distinction entre la «statique juridique» et la «dynamique juridique» ainsi qu'en France chez le doyen Duguit qui oppose les *règles normatives* et les *règles constructives* - ces dernières ayant pour but de mettre en œuvre et de déterminer les premières, et chez René Capitant avec la distinction des *normes de conduite* et des *normes de compétence* (3).

Aujourd'hui, les très nombreux auteurs qui utilisent la distinction des normes primaires et secondaires procèdent essentiellement de Hart et de son *The concept of law* de 1961 (ainsi les Italiens Gavazzi et Bobbio) ou du danois Alf Ross, depuis son ouvrage de 1958 *On law and justice*.

Cependant, ainsi que le souligne Michel Villey (4), cette distinction s'est prêtée aux formes les plus diverses et les plus contradictoires, entretenant une confusion venant notamment de ce que certains appellent «normes primaires» se trouve correspondre à ce que d'autres appellent «normes secondaires» et inversement.

La distinction des normes primaires et des normes secondaires n'est rien d'autre que la distinction entre les «normes de conduite» qui prescrivent le comportement des individus, et les normes dites «de compétence» qui ont pour caractéristique de se référer aux normes de conduite. C'est pourquoi il est commode, conformément à la conception traditionnelle, d'appeler *normes primaires* les normes de conduite et *normes secondaires* les normes de compétence, et il est peut-être encore plus juste d'appeler les premières *normes du premier degré* et les secondes *normes du second degré*.

La première manifestation de cette distinction est apparue, dans la théorie générale du droit, avec la différenciation des *normes de conduite* et de *normes sur la sanction* destinées à s'appliquer dans le cas où une norme de conduite n'a pas été respectée. C'est Jhering qui a introduit cette distinction pour opposer les normes de conduite qui s'adressent aux citoyens et les normes sur la sanction qui s'adressent aux

(2) J. Bentham, *An Introduction into the principles of morals and legislation*, 1789.
(3) R. Capitant, *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928.
(4) M. Villey, Compte-rendu de G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, in A.P.D., 1968, n° 13, p. 398.

juges, tout en soulignant, comme le rappelle Noberto Bobbio, l'importance de ces dernières dans «un système juridique entendu comme système coercitif» (5).

Une seconde manifestation de cette distinction se rencontre en droit constitutionnel où les *normes secondaires* sont représentées par les «normes de compétence législatrice» qui habilitent certaines autorités publiques à émettre des normes juridiques générales ou des normes juridiques individuelles. C'est la raison pour laquelle chez Kelsen les normes juridiques les plus générales sont les normes de degré supérieur, les normes les plus importantes que le juriste autrichien appelle, par une inversion terminologique dont Noberto Bobbio a bien rendu compte (6), «normes primaires» - ces normes étant premières en importance. La même inversion se retrouve d'ailleurs chez le Professeur Alf Ross qui, dans *On law and justice* (7), suit sur ce point la terminologie de Kelsen.

Mais c'est le Professeur H.L.A. Hart qui dans son ouvrage *Le concept de droit* (8) s'est livré à l'analyse la plus pénétrante de la distinction entre «normes primaires» entendues comme «normes de conduite» et «normes secondaires» entendues comme «normes de compétence» suivant la conception traditionnelle. Pour le grand juriste anglais en effet une norme est définie selon le rapport qu'elle a avec les autres normes (Kelsen nous avait déjà appris qu'une norme n'a de validité que dans le système auquel elle appartient). Selon Hart, la caractéristique des normes secondaires est de se référer à d'autres normes, à savoir les normes primaires. Les normes primaires concernent les actions que les hommes doivent faire ou ne pas faire ; les normes secondaires sont relatives aux premières, elles sont sur un niveau différent. Hart distingue alors trois sortes de normes secondaires : les *normes de reconnaissance* (*rules of recognition*), les *normes de changement* (*rules of change*) et les *normes de décisions* (*rules of adjudication*).

Les *règles de reconnaissance* sont destinées à porter remède à l'incertitude qui affecte le régime des règles primaires lorsque des doutes apparaissent sur l'existence de ces règles ou leur portée exacte : elles «permettent d'identifier de façon décisive les règles primaires d'obligation» (9).

Les *règles de changement* sont destinées à porter remède au caractère *statique* des règles primaires en habilitant un individu ou une autorité à introduire de nouvelles règles primaires ou à éliminer d'anciennes règles primaires. Elles peuvent déterminer les personnes appelées à légiférer mais encore définir la procédure que doit suivre l'élaboration des lois. Il s'agit de règles de compétence législatrice. Hart note que les règles de changement sont en rapport étroit avec les règles de reconnaissance, car il n'y a pas de règle de reconnaissance qui ne comporte une référence au moins implicite à une règle de changement, «une référence à l'élaboration des lois, considérée comme un critère d'identification des règles» (10).

Les *règles de décision* sont destinées à porter remède à l'*inefficacité* des règles primaires en habilitant des individus à déterminer si une règle primaire a été transgressée. Ces règles permettent d'identifier les individus qui sont appelés à juger et de définir la procédure à suivre. Elles aussi sont en rapport avec les règles de

(5) N. Bobbio, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires* in *La règle de droit*, Études publiées par Ch. Perleman, Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 106.
(6) N. Bobbio, art. cit., p. 108-110.
(7) A. Ross, *On law and justice*, London, 1958. Voir G. Kalinowski, *Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur "The concept of law" de Hart et "On law and justice" de Ross*, A.P.D., 1970, p. 179-192.
(8) H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, traduit par Michel von de Kerchove, Bruxelles, 1976.
(9) H.L.A. Hart, op. cit., p. 118-120.
(10) H.L.A. Hart, op. cit., p. 121-122.

reconnaissance car pour juger si une règle a été transgressée, il faut bien d'abord que cette règle ait été identifiée (11).

Après avoir ainsi défini les règles secondaires par la *place* qu'elles occupent dans le système juridique (elles ont pour caractéristique d'appartenir à un niveau différent des règles primaires et de se référer à ces dernières) ainsi que par la *fonction* qu'elles remplissent (qui elle aussi est entièrement commandée par l'existence des règles primaires : identification, changement, sanction), Hart peut conclure que «si nous considérons la structure qui résulte de l'articulation des règles primaires d'obligation et des règles secondaires de reconnaissance, de changement de décision, il est évident que nous possédons là... le cœur d'un système juridique» (12).

Dans son article déjà cité *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et les normes secondaires*, le Professeur Noberto Bobbio se livre à une analyse très proche de celle du Professeur Hart. Il se réfère tout d'abord à la terminologie de von Wright qui, dans *Norm and Action* (13), appelle «normes de premier degré» les normes de conduite et «normes de deuxième degré» les normes de compétence. Il distingue ensuite, conformément à Hart, trois sortes de normes de second degré : «les *normes d'identification*, les *normes sur la production juridique* et les *normes sur la sanction*».

1) Les *normes d'identification* se distinguent à la fois des *normes sur la sanction* et des *normes sur la production juridique* (même si elles entretiennent des rapports avec ces dernières) dans la mesure où leur fonction «consiste plutôt dans le fait d'établir certains critères sur la base desquels on puisse distinguer les normes qui appartiennent au système de celles qui n'y appartiennent pas» (14). Les normes d'identification se répartissent elles-mêmes, selon Bobbio, en trois groupes :

a) les *normes sur les sources* qui «indiquent les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système» ;

b) les *normes sur la validité des lois dans l'espace et dans le temps* qui établissent les limites spatio-temporelles à l'intérieur desquelles «on peut considérer que les normes produites par les sources autorisées peuvent appartenir au système» ;

c) les *normes sur l'interprétation et l'application des normes* identifiées par les deux sortes de normes précédentes (15).

2) Les *normes sur la production juridique* consistent à prévoir des mécanismes pour la modification des normes du premier degré (en particulier pour l'introduction ou l'élimination de telles normes) : elles servent à la transformation du système.

3) Les *normes sur la sanction* consistent à prévenir la transgression des normes du premier degré : elles servent à la conservation du système (16).

Après avoir ainsi distingué les trois sortes de normes du second degré en leur attribuant la même fonction que leur reconnaît Hart - identification, transformation et conservation du système juridique - Bobbio nous livre sa conception des systèmes normatifs. Il propose d'appeler «systèmes normatifs simples» ceux qui sont uniquement composés de normes du premier degré et de normes pour l'identification du système, «systèmes normatifs semi-complexes» ceux qui sont composés non seulement de normes du premier degré et de normes d'identification mais aussi *soit* de normes sur la sanction *soit* de normes sur la production normative, enfin «systèmes normatifs complexes» ceux qui sont composés non seulement de normes du premier degré et de normes d'identification mais aussi *à la fois* de

(11) H.L.A. Hart, op. cit., p. 118-122.
(12) H.L.A. Hart, op. cit., p. 123.
(13) G.H. von Wright, *Norm and Action, A logical Enquiry*, Londres, 1953.
14() N. Bobbio, art. cit., p. 113.
(15) N. Bobbio, art. cit., p. 114.
(16) N. Bobbio, art. cit., p. 119.

normes sur la sanction *et* de normes sur la production normative (17). Le Professeur Bobbio a ici le mérite de rappeler que la science juridique n'est qu'une partie d'une science plus générale, la science normative, et l'on pourrait comparer cette généralisation a celle qu'effectuait naguère Ferdinand de Saussure lorsque dans le *Cours de Linguistique Générale* il affirmait que la linguistique ou science du langage n'est qu'une partie d'une science plus générale, la sémiologie ou science des signes (18).

Le professeur Bobbio donne comme exemples de systèmes normatifs simples l'ensemble des règles d'un jeu, l'ensemble des règles techniques que l'on doit connaître pour l'exercice d'un métier, la grammaire d'une langue, un système philosophique de morale comme celui des stoïciens ou des épicuriens. S'il est vrai que les règles du premier degré sont déjà des règles de contrôle des comportements sociaux, les règles sur la sanction et les règles sur la production juridique sont des règles qui contrôlent à leur tour les règles de contrôle, ce sont des *règles de contrôle de deuxième degré*. Or, précisément, ce qui caractérise les systèmes normatifs simples c'est qu'ils sont dépourvus de ces *règles de contrôle de deuxième degré* (19). Le Professeur Bobbio donne ensuite comme exemples de systèmes normatifs semi-complexes celui de l'ensemble des règles d'un jeu assorti par l'institution de sanctions ou d'organes spécialisés comme les arbitres ; il donne également l'exemple du système philosophique de morale qui ne peut perdurer que si ses adeptes peuvent le modifier suivant les règles d'interprétation convenues (20) - chacun de ces exemples met en œuvre un seul type de règles de contrôle de deuxième degré : règles sur la sanction dans le premier cas, règles sur la production juridique dans le second. Enfin, comme exemple de systèmes normatifs complexes, c'est-à-dire de systèmes normatifs caractérisés par les deux types de règles de contrôle de deuxième degré, Bobbio retient le système juridique «système normatif destiné à rendre possible la vie organisée d'un groupe social stable», et il conclut : «Même si l'ordre juridique n'est pas le seul système normatif complexe, il est certain qu'il est un système normatif complexe typique» (21).

Ainsi, parce qu'elles sont des normes qui portent sur des normes, les normes secondaires, normes du deuxième degré ou «méta-normes» sont au cœur de la vie du droit. Comme le remarque le Professeur Bobbio, ce sont elles seules qui rendent véritablement compte de la notion d'organisation telle qu'elle se trouve par exemple dans la théorie de l'institution de Santi Romano (22). En effet, lorsque ce dernier définit l'*organisation* par «les nombreux mécanismes ou engrenages, les liens d'autorité et de force qui produisent, modifient, font appliquer, et garantissent les normes juridiques, mais ne s'identifient pas avec elles» (23), il décrit très bien certaines auto-régulations du système juridique, mais il est incapable d'en rendre compte véritablement faute de faire intervenir les instruments de ces auto-régulations, les normes secondaires qui sont aussi des normes régulatrices. C'est pourquoi le Professeur Bobbio a raison d'objecter à Santi Romano que la clé de l'ordre juridique ne doit pas être cherchée dans le système pré-normatif de l'organisation sociale mais dans le «système normatif complexe» des règles secondaires (24). Ainsi, la position de Bobbio se caractérise-t-elle par cette «répulsion du sociologisme» qui, selon Carlos Cossio, traduit de la part des juristes

(17) N. Bobbio, art. cit., p. 115.
(18) F. de Saussure, *Cours de Linguistique Générale* par Antoine Bailly et Albert Séchehaye, republication Payot, 1968.
(19) N. Bobbio, art. cit., p. 115.
(20) N. Bobbio, art. cit., p. 118-119.
(21) N. Bobbio, art. cit., p. 119.
(22) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Florence, 1954.
(23) S. Romano, op. cit., p. 7.
(24) N. Bobbio, art. cit., p. 122.

«un instinct certain de pureté méthodologique» (25) car elle récuse toutes les approches sociologiques économiques, politiques et psychologiques du phénomène juridique au profit d'une approche exclusivement et authentiquement juridique.

PARAGRAPHE 2ème - L'APPROCHE NORMATIVE DE LA THÉORIE DE L'INSTITUTION

Les dernières réflexions du professeur Bobbio que nous venons de rappeler nous invitent à esquisser une nouvelle théorie de l'Institution, une théorie normative de l'Institution que toutefois nous n'exposerons pas par référence à Santi Romano, mais par référence aux Pères Fondateurs français de cette théorie : Maurice Hauriou bien sûr, mais surtout Georges Renard (I) et aussi Georges Scelle (II) s'il est vrai qu'il existe une profonde parenté entre la théorie du service public et celle de l'institution (26).

Pour rendre compte, dans sa signification la plus générale, de la notion d'institution, il est opportun de partir de la distinction établie par Hauriou entre «les sources gouvernementales du droit» et le «droit déjà établi par la nation» - distinction qui se rapproche beaucoup de celle introduite par Duguit entre *le droit positif* qui est le droit constaté et sanctionné par l'État et le *droit objectif* qui émane du groupe. Car, lorsqu'Hauriou écrivait : «Il semble que les lois votées ne soient elles-mêmes mieux que des propositions de lois et qu'elles ne puissent devenir des lois véritables que par une acceptation plus définitive de la nation», ne rejoignait-il pas entièrement Duguit lorsqu'il remarquait de son côté que «les gouvernés en seront protégés efficacement contre l'arbitraire des gouvernants... que si le législateur est bien pénétré de cette idée, que les lois ne s'imposent à l'obéissance des citoyens que si elles sont conformes au droit supérieur qui s'impose à lui, législateur» (27).

Il suffit alors de rappeler que la notion d'équilibre est au cœur de l'institution pour donner de celle-ci la définition la plus générale, celle qui n'est peut-être pas chez Hauriou mais qui n'est sans doute pas trop infidèle à sa pensée : il y a institution chaque fois qu'il y a équilibre entre le droit déjà établi par la nation et les sources gouvernementales du droit, autrement dit l'institution est un *système d'équilibre entre le droit objectif et le droit positif.*

Cependant, cette définition ne met pas suffisamment en lumière les deux phénomènes corrélatifs qui caractérisent l'institution : la manifestation du pouvoir et le consentement des intéressés à ce pouvoir.

Il faut donc avoir recours à une définition plus précise, moins extensive, qui reconnaisse le phénomène du pouvoir comme le cœur de l'institution, et l'existence d'un groupe humain comme la force qui lui donne vie - définition qui, cette fois, se rencontre explicitement chez Hauriou : «L'institution 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» (28). L'institution apparaît ainsi comme un système d'équilibre du pouvoir et du consentement autour d'une idée : elle fait intervenir un groupe de sujets ou de citoyens qui partage avec les organes détenteurs du pourvoir l'idée d'une œuvre à réaliser. Hauriou appelle de telles institutions des «institutions corporatives». C'est pourquoi, l'institution a vocation à être personnalisée, mais la personnalité juridique n'est pas un attribut nécessaire de l'institution.

---

(25) C. Cossio, *La norme et l'impératif chez Husserl*, in *Mélanges Roubier*, Dalloz, 1961, tome 1, p. 160.
(26) Notre ouvrage, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Livre Premier, Chapitre XIII, *La rencontre de Duguit et d'Hauriou*, L'Hermès, 2e édition, 1991.
(27) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, p. 97.
(28) M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 73.

L'État répond parfaitement à la définition de «l'institution corporative», ainsi qu'à la définition de l'institution comme système d'équilibre entre le droit objectif et le droit positif, puisque le système d'équilibre du pouvoir et du consentement explique à la fois la stabilité et la continuité de l'État ainsi que cet équilibre appelé «État de droit» dont l'essence réside dans la subordination des sources gouvernementales du droit au droit déjà établi par la nation. Ainsi, l'institution est bien le fondement juridique de l'État qui n'est d'ailleurs que la première et la plus importante des institutions, toutes les autres institutions n'étant que des intermédiaires entre l'État et l'individu.

Ces différentes institutions, intermédiaires entre l'État et l'individu, relèvent des trois formes de décentralisation qu'Hauriou a été amené à étudier : la décentralisation par régions, la décentralisation par services et la «décentralisation par collaboration» (29).

C'est pourquoi les analyses d'Hauriou touchant la décentralisation et les institutions corporatives devaient le conduire à accorder un rôle privilégié à l'État soit pour hiérarchiser, pour coordonner ou pour surveiller les institutions secondaires. L'État est donc bien la première et la plus importante des institutions. Dans la *Préface* de la 6ème édition de son *Précis de droit administratif*, Hauriou écrivait : «Ainsi le moment est venu d'envisager l'État... comme une institution ou un ensemble d'institutions ou plus exactement encore comme l'institution des institutions».

Mais, sur ce point, le second Père Fondateur de la théorie de l'institution, Georges Renard, se sépare sensiblement d'Hauriou.

I - LA THÉORIE DE L'INSTITUTION DE GEORGES RENARD

Georges Renard qui devait, à la fin de sa vie, entrer dans l'ordre des dominicains, devenir Révérend Père de la confrérie de Saint-Dominique (qu'avait illustrée au Moyen-Age Thomas d'Aquin), ne peut qu'accepter le point de départ des analyses d'Hauriou, la grande affirmation du doyen de Toulouse selon laquelle l'Institution («la grande affaire» de sa vie) «est au fond liée à l'idée de Dieu». Cependant Renard se montre beaucoup plus réservé, beaucoup plus critique vis-à-vis de l'État que son maître Hauriou : il n'est même pas loin de défendre un authentique anarchisme et, sur ce point, il se rapproche d'autant plus de son autre maître Duguit qu'à l'instar de ce dernier il accorde une place privilégiée aux éléments sociaux de solidarité - comme le doyen de Bordeaux, il fait toujours passer les impératifs de la solidarité et du consentement avant ceux de la souveraineté et de la puissance. Ainsi a-t-il pu édifier une théorie de l'institution à la fois religieuse, anarchiste et solidariste. À cet égard, s'il arrive à dégager la théorie d'Hauriou de l'ornière sociologique dans laquelle elle restait trop souvent enfermée, sa profonde croyance religieuse et sa référence continue à Saint-Thomas, devait l'amener, surtout dans la dernière partie de sa vie, à «pécher» par excès inverse, à élever si haut la théorie de l'institution qu'elle cessait d'être sociologique pour devenir franchement théologique. Sur ce point, il devait trop rester prisonnier de Saint-Thomas. Que l'on me permette de remarquer, que cet excès affecte un autre maître pour qui j'ai d'ailleurs également une admiration éperdue, Michel Villey. Certes, je veux bien croire que lorsqu'on ouvre Saint-Thomas, il est difficile de le refermer. Mais pourquoi nos deux chers et grands thomistes n'ont-ils pas suivi le conseil de leur maître : «je crains l'homme d'un seul livre» ?

(29) Hauriou parlait de "collaboration par décentralisation", mais on peut, avec Georges Renard, renverser l'expression pour montrer la parenté et la particularité de cette forme de décentralisation par rapport aux deux autres.

C'est pourquoi, l'aspect le plus fécond de la «théorie de l'institution» chez Renard réside peut-être dans la critique qu'il a opérée du *droit privé* comme droit «régissant les rapports de personne à personne» au profit du droit qui naît de l'institution ou *droit institutionnel* «régissant les rapports d'organe à organe» (30).

A - La critique du droit privé

Reposant sur le mythe de la volonté individuelle et celui de la liberté contractuelle qui en découle, le droit privé, comme «droit régissant les rapports de personne à personne» est avant tout un droit individualiste et contractuel qui a été préparé par les idées du XVIIIème siècle et notamment celles de Rousseau et de Kant, avant de trouver son aboutissement dans la *Déclaration des droits de l'homme* et le Code civil. «Des êtres libres s'enchaînent par des contrats, écrit Renard, et des contrats enchevêtrés les uns dans les autres ; une résultante de contrats ; un phénomène de pure mécanique ; en cela réside, pour les hommes de la Révolution et les héritiers de leur pensée, tout l'Ordre social ; le libéralisme économique est venu de là ; il était inclus, d'avance, dans le Code civil» (31). Comme l'écrit par ailleurs Renard : «Avec la propriété individuelle, ses démembrements et les relations de voisinage, avec le contrat, la compensation de l'enrichissement sans cause et la réparation de la faute dommageable, l'individualisme a sensiblement achevé le tour des notions juridiques» (32).

Seulement, dans cette construction en apparence sans faille, il fallait faire intervenir, dit Renard, une «personne supplémentaire» qui en assure le bon fonctionnement, la réussite et la cohérence interne, c'est-à-dire qui garantisse la validité et l'efficacité des rapports contractuels qui se confondent avec cette construction. Cette «personne supplémentaire», c'est le souverain, l'Etat, que par des «prodiges d'ingéniosité», Rousseau justifie encore au moyen d'un contrat passé entre tous les individus, le «Contrat social». Dès lors, le souverain établi, libre à son tour de «créer de nouveaux sujets de droit», de les faire et de les défaire, le nouveau tableau de l'Ordre social correspondant à la conception du droit et de l'Etat issue de la Révolution, peut être résumé ainsi : «L'être humain, drapé dans ses droits individuels ; l'Etat, auréolé de la souveraineté ; des personnes fictives, créées et admises au commerce juridique suivant le bon plaisir de l'Etat, dépourvues par conséquent de tout droit propre, susceptible de faire échec au *souverain* ; les droits individuels, enfin, confisqués au profit du souverain par l'événement même qui a donné naissance à celui-ci, sauf à lui à les rétrocéder dans une mesure dont il est lui-même l'arbitre sans appel ; et donc, l'Etat omnipotent : tel est, en définitive, le résidu de toute cette philosophie...» (33).

Ainsi, toute la science classique du droit et de l'Etat a-t-elle été construite du point de vue *subjectif*, *volontariste*, *individualiste* et *inorganique*. Il importe donc de lui substituer une toute autre conception construite du point de vue *objectif*, *antivolontariste*, *communautaire* et *organique*, c'est-à-dire du point de vue *institutionnel*.

(30) G. Renard, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la Théorie de l'institution*, in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 495.
(31) G. Renard, art. cit., p. 489.
(32) G. Renard, *Préface* à Bernard Gény, *La collaboration des particuliers avec l'administration*, Sirey, 1930, p. XIV.
(33) G. Renard, art. cit., p. 489-490.

B - L'apologie du droit institutionnel

Par «droit institutionnel», il faut d'abord entendre une conception fort extensive du droit qui, dépassant le clivage traditionnel du droit privé et du droit public, a pour objet la structure de droit collectif, ce droit objectif qui gouverne les rapports d'organe à organe, et qui est préalable au «droit des rapports subjectifs», le droit privé au sens classique et traditionnel qui gouverne les rapports de personne à personne.

Georges Renard élabore sa conception du droit institutionnel à partir d'une compréhension fort générale du *droit constitutionnel* qui ne se limite pas à l'étude des grandes structures de l'État et des règles juridiques qui gravitent autour d'elles, ainsi que le pensaient Esmein et Carré de Malberg. C'est en effet non seulement la plus grande partie du droit public et notamment du droit administratif (ainsi, «la décentralisation par régions, par services ou par collaboration»), mais également des pans entiers du droit privé, en particulier du droit civil et du droit commercial (avec les *status familiae*, la constitution des sociétés et des associations) qui relèvent de ce droit constitutionnel *lato sensu*. Renard ajoute que «le droit constitutionnel ainsi compris embrasse tout le domaine de la personnalité morale... ; il se confondrait même avec lui, s'il ne le dépassait par la considération d'individualités juridiques secondaires, dont l'autonomie ne s'élève pas jusqu'au plan de la capacité patrimoniale» (34) (ainsi les «individualités comptables» particulièrement étudiées par Renard, André Desqueyrat ou Bernard Gény). En revanche, Renard note que ce droit constitutionnel se confond avec le domaine de «l'institution», cet organisme juridique, engendré par une fondation humaine, dont l'existence autonome pénètre dans l'atmosphère juridique au stade inférieur de l'individualité comptable... pour se hausser de là à la personnalité et parvenir, enfin, dans ses plus hautes cimes, à la souveraineté» (35). Ainsi, Renard qui unifie admirablement les conceptions respectives d'Hauriou et de Duguit dont il a compris qu'elles ne s'opposaient qu'en apparence, peut ajouter que cette conception du droit constitutionnel *lato sensu* s'impose dès que l'on veut bien se départir du *point de vue formel* pour adopter le *point de vue matériel* (36). Le droit institutionnel est donc véritablement un droit organique dans la mesure où il régit à la fois le fonctionnement de ces organes juridiques que sont les institutions ainsi que les rapports qu'ils peuvent entretenir ; il mérite pleinement le qualificatif de «constitutionnel» puisqu'il est à la fois constitutif et recteur des institutions.

Georges Renard a pu illustrer cette conception du droit constitutionnel *lato sensu* par l'exemple lumineux d'un certain rapport qui existe entre «le contentieux de l'annulation» du droit administratif et les «actions d'état» du droit de la famille.

Le contentieux de l'annulation est un «contentieux objectif» ; il s'oppose au «contentieux de pleine juridiction» qui est un «contentieux subjectif» et qui, en tant que tel et du *point de vue matériel*, devrait relever du droit privé ou droit régissant les rapports de personne à personne. «Le recours pour excès de pouvoir, écrit Renard, est l'expression contentieuse par excellence du caractère institutionnel de notre régime administratif : notre administration est *constituée*, - constituée, c'est-à-dire organiquement aménagée ; elle forme un corps dont les gouvernants, les agents et les administrés eux-mêmes sont les membres (37). Le recours pour excès de pouvoir introduit par un particulier vise le «rétablissement» de l'Ordre administratif, et la décision juridictionnelle rendue sur un tel recours est revêtue de

(34) G. Renard, art. cit., p. 488.
(35) G. Renard, art. cit., p. 488.
(36) G. Renard, art. cit., p. 487.
(37) G. Renard, art. cit., p. 494.

l'autorité absolue de la chose jugée, elle s'impose à tous. Le particulier qui a introduit ce recours, ajoute Renard, a défendu, non seulement sa cause à lui, «mais la cause commune, - la cause de l'administration et celle du public ; il s'est comporté à la façon d'un agent du ministère public» (38).

Or, les «actions d'état» du droit de la famille «ne sont point d'une autre nature que le *contentieux de l'annulation* du droit administratif», car, les décisions judiciaires rendues sur les actions d'état produisent effet *erga omnes* ; ainsi, non seulement les jugements attributifs (divorce, séparation de corps, interdiction...), mais les jugements déclaratifs (annulation de mariage, désaveu de paternité, reconnaissance forcée d'enfant naturel...»). Lorsqu'il intente une action d'état, le particulier soulève une cause qui le dépasse puisque celle-ci concerne «l'Ordre familial» dans son ensemble. C'est pourquoi, «le jugement rendu sur une question d'état vaut une inscription sur les registres d'état civil ; il produit effet *erga omnes*». Comme le remarque avec force Georges Renard, il y a là un «contentieux objectif» analogue à celui du droit administratif (39).

Or, comment ne pas reconnaître dans cette analyse de Georges Renard une vision prophétique du droit constitutionnel actuel puisque notamment en France la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée depuis 1970 a pu, ainsi que l'a remarquablement mis en lumière le doyen Favoreu, constitutionnaliser, consolider de grandes branches du droit tant public que privé en leur donnant l'assise constitutionnelle qui jusque-là leur faisait défaut - ce qui d'ailleurs, tout en remettant en cause la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public, introduit une mutation radicale, une véritable révolution dans le droit constitutionnel qui non seulement devient véritablement le «droit de la Constitution» mais encore le droit fondamental, le droit premier et constitutif des différentes branches du droit (40) ?

Cependant, il est juste de remarquer que cette révolution a été provoquée par un phénomène que G. Renard lui-même n'avait pas prévu : il s'agit, comme l'a montré le doyen Favoreu, de l'apparition des *Cours constitutionnelles*, ces juridictions spécialisées dans la justice constitutionnelle, c'est-à-dire spécialement habilitées à connaître du contentieux constitutionnel. Si l'existence de ces dernières dont Kelsen est le père remonte au cours des années 1920 en Autriche et en Tchécoslovaquie, ce n'est qu'à partir des années 1950 qu'elles purent vraiment effectuer la «révolution du droit constitutionnel» en Allemagne, Autriche et Italie, et à partir des années 1970 en France puis en Espagne, en Grèce, au Portugal et enfin en Belgique (41).

C'est ainsi que depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association ont été constitutionnalisées en France les grandes branches du droit public : le droit des libertés publiques (42), celui des finances publiques (43), le droit administratif dans son ensemble (44) - ce qui rend aujourd'hui sans objet la célèbre polémique qui opposa naguère, en 1972, le doyen Vedel à Charles Eisenmann au sujet de la «théorie des bases constitutionnelles du droit

(38) G. Renard, art. cit., p. 495. Nous inspirant de cette analyse et d'une remarque de Georges Scelle notant que le tiers-opposant lui-même se conduisait comme "une sorte de ministère public", nous avons essayé de réactualiser la théorie de l'institution pour en faire application au domaine de la tierce-opposition, dans notre article, *La tierce-opposition en droit administratif. Contribution à une théorie normative de l'institution*, R.D.P., 1990, 3, p. 709-766.
(39) G. Renard, art. cit., p. 493-495.
(40) L. Favoreu, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, in Revue française de Droit Constitutionnel, 1990, I, p. 71-89.
(41) F. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, P.U.F., 1989.
(42) F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, 1987.
(43) L. Philip, *La constitutionnalisation du droit budgétaire français*, in *Mélanges Gaudemet*, Paris, 1984.
(44) B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, L.G.D.J., 1989.

administratif» (45), celles-ci étant devenues purement et simplement un fait (rappelons seulement à cet égard la reconnaissance constitutionnelle de l'existence puis du domaine de compétence de la juridiction administrative par les décisions du Conseil Constitutionnel du 22 juillet 1980 sur la *validation des actes administratifs* et du 23 janvier 1987 sur le *Conseil de la concurrence*). Mais, ce sont également de nombreuses branches du droit privé qui, de la même façon, ont pu être constitutionnalisées : le droit du travail (46), le droit des sociétés (47), le droit pénal et la procédure pénale(48), de même que de nombreux aspects du droit civil (49).

Ainsi, le doyen Favoreu peut-il saluer dans cette révolution du droit constitutionnel à la fois un progrès dans la logique et la cohérence du droit mais aussi dans sa quête de la justice et dans son effort pour incarner les valeurs morales. La constitutionnalisation d'une branche du droit, écrit-il, donne à celle-ci «des bases constitutionnelles qu'il est nécessaire de prendre en considération» et qui vont transformer la matière concernée tout en la rendant plus conforme à la justice et au respect des droits des individus ; par exemple, la reconnaissance du principe constitutionnel d'égalité peut introduire une mutation dans le droit civil, le droit des sociétés, celui de la fonction publique : «cela va toujours dans le sens d'une libéralisation et d'une application plus favorable aux individus des règles respectant leurs droits fondamentaux» (50). En outre, ce «sous-bassement constitutionnel» commun aux différentes branches du droit confirme bien la remise en cause de la distinction séculaire, de la *summa divisio* du droit privé et du droit public, ce qui donne raison à la vieille affirmation de Duguit : «Il n'y a pas le droit privé et le droit public ; il y a le droit». Enfin, et comme le souligne encore le doyen Favoreu, cette révolution donne pleinement au juge constitutionnel sa véritable place qui est la première par rapport au juge judiciaire et au juge administratif, tous deux resitués au rang de *juge ordinaire*. À cet égard, transposant comme il est parfois coutume les distinctions issues du contentieux à celles des règles de droit, nous proposons d'appeler, faute de mieux, «droit ordinaire», le développement même de chacune des branches du droit tel qu'il peut être effectué à partir des bases constitutionnelles qui lui sont spécifiques et qui elles forment évidemment le droit constitutionnel.

C'est pourquoi, lorsque Georges Renard qualifie son droit constitutionnel *lato sensu* de «droit préalable» a-t-il raison dans la mesure où il s'agit d'un droit qui bénéficie d'une antériorité et d'une supériorité logiques et phénoménologiques par rapport à ce qui ne serait que le «droit ordinaire», c'est-à-dire le développement logique de ce droit préalable. Cependant, il faut ajouter que ce dernier ne bénéficie d'une supériorité réelle et effective que lorsqu'il est consacré par un organe habilité à cet effet, c'est-à-dire lorsqu'il est passé du «langage du juriste» au «langage du juge» qui apparaît véritablement comme le langage du droit.

Ainsi, et pour recourir à une comparaison biologique, tout se passe comme si la vie du droit convergeait vers la création de cet organe nouveau qu'est la Cour constitutionnelle. Bergson disait que l'Évolution créatrice aboutissait à l'apparition d'organes toujours nouveaux et imprévisibles. La seule différence ici est que l'évolution créative du droit a bien abouti à la création d'un organe nouveau mais

(45) Ch. Eisenmann, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, R.D.P., 1972, et G. Vedel, *Préface* à la 7e édition du *Droit administratif*, Thémis, P.U.F., 1974.
(46) G. Lyon-Caen, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail*, Dalloz, 1989, et A. Jeammaud, *La constitutionnalisation du droit du travail.*
(47) Y. Guyon, *Revue des sociétés*, 1986.
(48) M. Delmas-Marty, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789*, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, 1989.
(49) F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D.C., 1982.
(50) L. Favoreu, art. cit., p. 86-87.

non pas imprévisible dans la mesure où il était non seulement possible mais également probable compte tenu du degré de complexité et d'élaboration auquel était parvenu le droit constitutionnel au début du XXème siècle. Certes, les constitutionnalistes et politologues ont bien montré que cette invention avait été rendue possible par les conditions historiques et politiques qui, au cours de la première moitié du XXème siècle, avaient orienté la démocratie occidentale notamment par la réaction de cette dernière contre les régimes fascistes de l'entre-deux-guerres. Mais, ces considérations, pour exactes qu'elles soient, «ne regardent pas l'Édit du Prêteur» aurait dit Cujas. C'est pourquoi, il n'est pas étonnant, à notre avis, que ce soit à un théoricien pur du droit, à quelqu'un dont la tâche est d'explorer la forme et la structure du droit par-delà toutes les conditions empiriques et historiques de sa manifestation, à Hans Kelsen qu'il échut de faire cette découverte ou cette invention capitale dans la science du droit, cette révolution du droit constitutionnel dont le doyen Favoreu a si lumineusement pris acte.

II - LA THÉORIE DU SERVICE PUBLIC SELON GEORGES SCELLE

Or, une conception fort proche de celle du droit constitutionnel *lato sensu* se trouve dans l'École du Service Public dont, à la suite de Georges Renard, nous avons montré qu'elle ne s'oppose qu'en apparence à l'École institutionnaliste d'Hauriou (51). En effet, depuis Duguit, l'École du Service Public s'accorde avec Renard pour affirmer le primat du point de vue matériel sur le point de vue formel, et, dans cette perspective, l'auteur qui a magistralement éclairé cette nouvelle conception du droit constitutionnel est Georges Scelle (52).

Au point de départ de la théorie de G. Scelle se trouve sa vision matérielle du droit et de l'ordre juridique qui, fidèle aux thèses de l'École du Service Public, se situe aux antipodes de la conception formelle du droit et de l'ordre juridique qui est celle de l'École de la Puissance Publique.

Pour l'École de la Puissance Publique en effet il n'y a de normativité qu'étatique, l'ordre juridique c'est l'ordre étatique, la règle de droit la règle créée et sanctionnée par l'État, l'acte juridique l'acte émis par un organe habilité à cet effet par l'ordre étatique. Au contraire, pour l'École du Service Public, il n'y a de normativité que poursuivant une certaine forme de solidarité, l'ordre juridique c'est l'ordre fondé sur un phénomène de solidarité, la règle de droit la règle qui est orientée vers le maintien d'une solidarité spécifique, quant à l'acte juridique il est la traduction normative d'un phénomène de solidarité plus ou moins étendu. De cette opposition, il résulte également deux conceptions antagonistes de l'organisation juridique, politique et sociale, celle de la Puissance Publique étant centrée sur les notions de pouvoir, de prérogatives, de puissance, de droits, de privilèges, celle du Service Public étant centrée au contraire sur les notions de mission, devoirs, sujétions, services. Notons à cet égard que la théorie de la Puissance Publique qui veut expliquer le pouvoir par les droits subjectifs du commandement dont seraient titulaires les gouvernants, et qui, fidèle héritière de Rousseau, a recours, pour justifier l'État et la souveraineté, à la catégorie fondamentale du droit privé, celle de contrat, baptisé «social», cette théorie est, en dépit des apparences, une pure théorie du droit privé qui doit beaucoup plus à Rousseau et à Kant qu'à Hegel. Enfin, il existe entre les deux Écoles, une dernière opposition essentielle, particulièrement mise en lumière par Georges Scelle, celle qui concerne la définition même de l'ordre juridique dès que l'on s'attache à la

(51) Notre ouvrage, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Livre Premier, Chapitre XIII, *La rencontre de Duguit et d'Hauriou*, L'Hermès, 2e édition, 1991.
(52) G. Scelle, *Le Droit constitutionnel international*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 503-515.

préciser quelque peu. L'ordre juridique en effet peut être défini par les rapports qui existent entre un *appareil normatif* ou ensemble de normes et un *appareil institutionnel* ou ensemble d'organes. Pour l'École de la Puissance Publique, les deux appareils sont inséparables, l'appareil normatif n'a d'existence que grâce à l'appareil institutionnel dont il dépend et auquel il est même subordonné -et c'est d'ailleurs cette coïncidence et cette subordination qui pour cette École définissent l'ordre juridique. L'École du Service Public au contraire s'attache à observer, à détecter la rupture, la distorsion entre appareil normatif et appareil institutionnel, elle affirme la primauté du premier sur le second- l'appareil institutionnel n'est qu'un moyen qui, dans certains ordres juridiques, n'existe pas toujours complétement, mais qui, dans ces cas de défaillance, peut toujours être remplacé par certains éléments d'un autre appareil institutionnel de substitution qui vient prêter main-forte à l'appareil normatif pour permettre la mise en œuvre et la réalisation de ses normes.

Cette substitution du critère matériel au critère formel commande les deux thèses capitales de Georges Scelle, celle des «fonctions sociales essentielles» ou «fonctions constitutionnelles» (A), celle du «monisme juridique» ou de la «pluralité des ordres juridiques» (B).

A - Les «fonctions sociales essentielles» ou «fonctions constitutionnelles»

Dans le remarquable exposé intitulé *Technique Générale du droit* qui ouvre son traité de *Droit international public* de 1944 (53), mais qui est en réalité un exposé de science juridique, Georges Scelle esquisse une véritable théorie générale du droit, suffisamment large pour s'appliquer non seulement à l'ordre juridique étatique, mais également, en dessous de lui, aux ordres juridiques *intra* ou *infra*-étatiques, et, parallélement à lui ou au-dessus de lui, aux ordres juridiques *inter*-étatiques ou *super*-étatiques ainsi qu'aux ordres juridiques internationaux qui tous devraient converger vers l'instauration d'un véritable ordre juridique international. Or, une telle approche aussi compréhensive de la science juridique n'est-elle pas l'affirmation fondamentale du monisme juridique que G. Scelle a défendu dans toute son œuvre ?

À l'instar du chef de l'École du Service Public, Georges Scelle situe le fondement de tout ordre juridique, quel qu'il soit, dans la solidarité sociale. C'est donc encore celle-ci que doit s'efforcer de réaliser l'ordonnancement juridique qui est le théâtre des transformations et modifications de l'ordre juridique puisqu'il se caractérise par son «aspect dynamique incessamment fluctuant et changeant», il correspond à la «mise en œuvre» de l'ordre juridique : «c'est la vie même ou *commerce juridique*» (54). Ainsi défini, l'ordonnancement juridique réside dans les trois «fonctions sociales essentielles» ou «fonctions constitutionnelles» que G. Scelle appelle respectivement la fonction de «création du droit», la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive.

1 - À la fonction de création du droit «ou plus exactement, comme le dit G. Scelle, de formulation du Droit» correspond la «fonction législative» de Duguit ; elle se réalise par «l'acte législatif ou réglementaire» («l'acte-règle» de Duguit).

2 - G. Scelle définit la fonction juridictionnelle comme une fonction de contrôle qui «*vérifie* l'investiture et l'utilisation des compétences et, par là, la légalité des situations juridiques».

(53) G. Scelle, *Droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 17.
(54) G. Scelle, op. cit., p. 17.

3 - La fonction exécutive consiste dans la sanction matérielle, par la force publique, de la règle juridique et de l'acte juridictionnel ; G. Scelle en donne cette remarquable définition : assurer «*la concordance de la matérialité des situations sociales avec leur légalité*» (55).

Georges Scelle entend donner à sa théorie des «fonctions constitutionnelles» sa portée la plus générale puisqu'il affirme qu'elle s'applique non seulement à l'ordre juridique étatique, mais aussi aux ordres juridiques *infra* ou *infra*-étatiques, ainsi qu'à un ordre juridique super-étatique (comme celui d'une fédération ou d'une communauté internationale) et même à l'ordre juridique international : tel est le postulat du monisme juridique ou de la multiplicité des ordres juridiques.

B - Le monisme juridique ou la multiplicité des ordres juridiques

Fortement marquée par la théorie de la Puissance Publique, la conception traditionnelle du droit ne veut connaître qu'un seul ordre juridique véritable, celui qui a porté à sa perfection la fusion entre l'ordre normatif et l'ordre institutionnel, à savoir l'ordre juridique national ou étatique. Or, écrit G. Scelle, «partout où il existe un phénomène de solidarité, il existe aussi un ordre juridique au moins potentiel, quelque soit son degré d'intensité ou de réalisation institutionnelle... Les ordres juridiques sont ainsi extrêmement nombreux : l'ordre juridique international, les ordres juridiques supra-nationaux, les ordres juridiques nationaux, les communes, les départements, les établissements publics, les sociétés, les associations, les syndicats, les Églises, même si tous ne sont pas des ordres juridiques institutionnels» (56). Certes, l'ordre juridique étatique a une prétention à la totalité, «et pourtant, il ne gère que les intérêts étatiques de la Nation» (57), «il ne comprend que l'ensemble des règles de droit applicables aux rapports des nationaux entre eux, correspondant aux phénomènes de solidarité qui leur sont communs» (58). En réalité, tout ordre juridique est d'abord un ordre normatif : c'est le cas de l'ordre juridique familial ou communal, «même si un autre ordre juridique, l'étatique, a tracé les règles de constitution et d'organisation de la famille (et les limites des compétences de la commune) en fonction des exigences de la solidarité étatique» (59).

Cette révélation de la multiplicité des ordres juridiques amène G. Scelle à s'interroger sur les rapports qui existent entre les différents ordres juridiques, et c'est à cette occasion qu'il peut découvrir les deux grandes «lois» qui régissent les rapports des ordres juridiques : la loi de leur «hiérarchie» qui est celle de leur subordination et la loi du «dédoublement fonctionnel» qui est celle de leur collaboration ou de leur coopération.

Le fait de la multiplicité des ordres juridiques implique d'abord celui de leur hiérarchie, le fait, selon la formule de Maurice Duverger, que «le droit des communautés plus larges prime le droit des communautés plus étroites» (60). Par exemple, écrit G. Scelle, «dire que la loi nationale trace le cadre dans lequel s'inscrit l'autonomie de l'ordre familial ou communal, est une conséquence nécessaire de la loi de la hiérarchie des ordres» (61). Dans ce cas, l'ordre juridique national, grâce à la

(55) G. Scelle, op. cit., p. 17-18, souligné par l'auteur.
(56) G. Scelle, *La notion d'ordre juridique*, R.D.P., 1944, p. 88.
(57) G. Scelle, art. cit., p. 89.
(58) G. Scelle, art. cit., p. 87.
(59) G. Scelle, art. cit., p. 92.
(60) M. Duverger, *À propos du manuel de Droit International Public de M. Georges Scelle*, R.D.P., 1943, p. 284.
(61) G. Scelle, art. cit., p. 95.

perfection de son ordre institutionnel impose sans trop de difficulté sa primauté sur les ordres juridiques infra-étatiques. En revanche, dans un véritable ordre étatique fédéral, ce dernier rencontre déjà plus de difficultés pour imposer sa primauté sur le droit des États-membres, et, dans l'ordre juridique international, ce dernier, du fait de la déficience de son appareil institutionnel, a beaucoup de mal à imposer sa primauté sur les différents ordres étatiques. Mais, ce phénomène de «déficience ou carence institutionnelle» qui fait la faiblesse de la loi de la hiérarchie des ordres juridiques, l'empêchant de toujours jouer pleinement, fait également la force de la loi du «dédoublement fonctionnel» qui est le second volet, la seconde «conséquence» dit Georges Berlia (62) du monisme juridique.

La loi du dédoublement fonctionnel exprime qu'un organe relevant d'un ordre juridique déterminé peut être amené à remplir les fonctions juridiques afférentes à un autre ordre juridique. Elle s'explique donc par la carence ou la déficience d'un ordre juridique qui est obligé, dit G- Scelle, «d'emprunter à d'autres ordres juridiques (voisin, supérieur ou inférieur) ou se *laisser imposer* par eux le concours de leurs institutions fonctionnelles» (63).

Dans le domaine international, la loi du dédoublement fonctionnel s'explique précisément par la «carence institutionnelle» de l'ordre juridique international, par l'absence au moins apparente d'organes législatif, judiciaire, exécutif, qui seraient propres à la société internationale. Et pourtant, même au niveau international, écrit G. Scelle, «il *faut* bien que les trois fonctions essentielles de réglementation, de contrôle, ..., et de réalisation matérielle du Droit soient accomplies». «Elles le sont, poursuit G. Scelle, mais de façon imparfaite et précaire» (64). Elles le sont chaque fois qu'un organe de l'ordre juridique étatique agit non seulement pour le compte de la société étatique dont il relève mais également pour le compte de la société internationale. Ainsi, lorsqu'un Chef d'État passe un traité, lorsqu'un Parlement autorise la ratification d'un traité, ils agissent en tant qu'organe législatif de la société internationale.

Dans le domaine du droit interne, lorsque le Préfet est amené à intervenir dans une commune pour utiliser le pouvoir réglementaire du Maire, il prend encore un arrêté municipal, il se «dédouble», réglemente en qualité d'agent municipal. «C'est ainsi que nous verrons, poursuit G. Scelle, un tribunal français fonctionner cumulativement comme juridiction syndicale, communale, nationale ou internationale, et qu'au lieu de parler de dédoublement fonctionnel, par abréviation, on pourrait parler légitimement de détriplement, de déquadruplement, ou en fin de compte de démultiplication des fonctions». Si le syndicat, la commune ou la confédération avaient leur propre organe de juridiction, on verrait ici «immédiatement s'évanouir le phénomène de dédoublement fonctionnel» (65).

Cette loi consacre donc bien la rupture, la distorsion entre appareil normatif et appareil institutionnel. À la grande différence de l'École de la Puissance Publique, G. Scelle ne définit pas l'ordre juridique par la coïncidence, la correspondance biunivoque d'un appareil normatif et d'un appareil institutionnel, mais uniquement par la manifestation d'un appareil normatif qui peut revêtir tel ou tel habit institutionnel d'emprunt, de même que le Bernard L'Hermitte peut successivement élire domicile dans tel ou tel coquillage qu'il trouve sur son passage.

Ainsi, on pourrait introduire une distinction entre le droit constitutionnel *stricto sensu* d'une part qui conviendrait seulement aux ordres juridiques qui, à l'instar de l'étatique, reposent sur la coïncidence entre appareil normatif et appareil

(62) G. Berlia, *Droit public interne et international. Études et réflexions*, L.G.D.J., 1980, p. 367.
(63) G. Scelle, art. cit., p. 99.
(64) G. Scelle, art. cit., p. 22.
(65) G. Scelle, art. cit., p. 100.

institutionnel, et d'autre part, pour reprendre l'expression de Georges Renard, le droit constitutionnel *lato sensu* qui s'appliquerait aux ordres juridiques qui, à l'instar des ordres super-étatiques, inter-étatiques ou infra-étatiques, se caractérisent au contraire par la rupture, la déhysence entre appareil normatif et appareil institutionnel, rupture qui apparaît à l'évidence lorsque l'on veut bien se départir du point de vue formel pour adopter le point de vue matériel. Le droit constitutionnel *lato sensu* résiderait d'abord dans l'exploration des trois «fonctions sociales essentielles» ou «constitutionnelles» concernant respectivement l'élaboration de la règle de droit, la constatation juridictionnelle et enfin l'exécution sanctionnatrice, fonctions par lesquelles les normes en vigueur sont mises en œuvre ou réalisées ; cependant, ayant également pour objet, par définition, cette «vaste nébuleuse» que forme «le milieu juridique au sein duquel s'ébauchent, naissent s'affirment, décroissent et disparaissent les ordres juridiques» (66) ce droit constitutionnel *lato sensu* devrait aussi détecter et explorer comment s'opère, dans la pluralité des ordres juridiques, le jeu du dédoublement et, de façon générale, de la démultiplication des trois fonctions constitutionnelles. Ainsi pourrait-il peut-être «libérer» le droit constitutionnel du modèle exclusif dans lequel il reste trop souvent attaché, celui de l'ordre juridique étatique qui s'impose, il est vrai, par «ses contours précis, la plénitude de son contenu, l'irrésistibilité de ses sanctions, la perfection de ses institutions» (67) ; du même coup, pourrait-il également venir nuancer la position des derniers grands représentants de l'École de la Puissance Publique, Carré de Malberg qui a toujours voulu nier l'existence des ordres juridiques infra-étatiques, et Georges Burdeau qui voulait rejeter «les autres réalisations fédérales, bâtardes mal identifiées du fédéralisme authentique et de l'État unitaire, ... dans les ténèbres extérieures où il leur sera loisible de mener, en marge des qualifications juridiques officielles, l'existence sans gloire de larves innommées» (68).

Il apparaît ainsi qu'il existe une parenté incontestable entre le droit constitutionnel *lato sensu* de Georges Renard et le nouveau droit constitutionnel de Georges Scelle (que, d'ailleurs, nous avons pu lui-même qualifier au passage de *lato sensu*) : G. Renard et G. Scelle disent souvent les mêmes choses, même s'ils les disent de façon assez différente.

Le droit constitutionnel *lato sensu* de Renard est en effet un droit fondamental et transversal qui traverse et fonde les différentes branches du droit. Chaque branche du droit forme ainsi une institution dont la base est constituée par des normes qui relèvent du droit constitutionnel *lato sensu* et qui, en accord avec la pyramide kelsénienne, confère sa validité au développement même de chacune de ces branches. Ce qui revient à dire, à la lumière des conceptions de Hart et Bobbio, que les normes constitutionnelles *lato sensu* sont des normes secondaires de compétence (de changement ou de décision) tandis que les autres normes ont, par rapport à celles-ci, le statut de normes primaires (même s'il ne s'agit pas seulement de normes de comportement). Autrement dit, l'institution au sens de Renard, c'est-à-dire chaque branche du droit unifié, organisée et structurée par ses bases constitutionnelles *lato sensu*, forme ce que Bobbio appelle un «système normatif complexe», système défini précisément par l'articulation entre des normes primaires et secondaires. Nous nous souvenons que, comme exemples d'institution, G. Renard citait la plupart des branches du droit public, notamment administratif avec la «décentralisation par régions, par services ou par collaboration», mais aussi certaines branches du droit civil et commercial avec le droit de la famille, le droit des sociétés et celui des

(66) G. Scelle, art. cit., p. 91.
(67) G. Scelle, art. cit., p. 91.
(68) Cité par Th. Michalon, *La République française, une fédération qui s'ignore ?*, R.D.P., 1982, p. 623.

associations, ce qui devait, tout en lui permettant de remettre déjà en cause la traditionnelle distinction du droit public et du droit privé, le conduire à cette conclusion que le droit constitutionnel *lato sensu* «embrasse tout le domaine de la personnalité morale», et qu'il se confondrait même avec lui, s'il ne le dépassait par la considération d'individualités (non personnalisées telles que les individualités comptables) (69). Or, nous avons déjà rappelé que la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, en «consolidant et constitutionnalisant» (suivant l'expression du doyen Favoreu), certaines branches du droit tant public que privé, donne en tous points raison aux analyses prophétiques de Renard, en même temps qu'elle confère à chaque branche droit ainsi consolidé et constitutionnalisé le statut de «système normatif complexe» au sens de Bobbio - mutation d'autant plus significative qu'à la différence des anticipations de Renard, elle ne se situe plus au niveau du langage du juriste, mais à celui du langage du juge qui est peut-être le seul véritable «langage du droit».

Si nous confrontons les analyses de Renard au nouveau droit constitutionnel de Georges Scelle, force est de constater que ce dernier est également un droit fondamental et transversal qui fonde et traverse les différentes branches du droit (tant public que privé) puisqu'il procède des trois «fonctions sociales essentielles» ou «constitutionnelles». En effet, ces trois fonctions de formulation du droit, de juridiction et d'exécution sanctionnatrice, quelque soit leur degré de perfection ou d'intensité, existent toujours dans quelque ordre juridique que ce soit, pour permettre de produire, d'appliquer ou d'exécuter les normes en vigueur. Ce qui revient à dire, pour traduire le langage fonctionnaliste de G. Scelle dans un langage plus «structuraliste», que les trois fonctions «constitutionnelles» procèdent elles-mêmes de certaines normes qui se trouvent être des normes secondaires de compétence, et, plus précisément, des «normes de changement» si elles remplissent la fonction d'élaboration du droit, des «normes de décision» si elles remplissent la fonction juridictionnelle ou la fonction d'exécution sanctionnatrice. Ainsi, les différents ordres juridiques spéciaux ou locaux, *inter* ou *infra*-étatiques que cite G. Scelle tels que la commune, la famille, l'établissement public, l'association, la société commerciale ou le syndicat, correspondent eux-aussi, tout comme l'institution de Renard, à une branche du droit unifiée, organisée et structurée, c'est-à-dire à un «système normatif complexe» et, partant, à une branche du droit déjà -ou susceptible d'être bientôt- «consolidée et constitutionnalisée» par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Ainsi, conformément aux anticipations prophétiques de G. Renard et aux généralisations fécondes et libératrices de G. Scelle le nouveau droit constitutionnel français, celui qui procède de la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée depuis 1970, apparaît-il vraiment comme la base constitutive des systèmes juridiques et des différentes branches du droit, il fait figure aujourd'hui en France de véritable «théorie des ensembles de la science juridique» un peu à la manière de la «théorie des ensembles» qui, lancée par Cantor vers 1880, devait être reconnue comme la théorie la plus générale des mathématiques, celle qui semblait devoir leur donner un fondement inébranlable. La théorie normative de l'institution n'est donc plus une vue de l'esprit ; elle se confond aujourd'hui en France avec la pratique pour ainsi dire quotidienne du Conseil constitutionnelle qui marque, comme l'a souligné le doyen Favoreu, un nouveau départ pour la vie du droit, une aventure pleine de promesses dans l'histoire de la conscience juridique.

En outre, cette entreprise de consolidation et de constitutionnalisation des différentes branches du droit qui donne tout son sens -toute son intelligibilité et

(69) G. Renard, art. cit., p. 488.

toute son efficience- à la «théorie normative de l'institution», n'est pas sans évoquer la démarche de la logique moderne qui, avec l'axiomatique, s'est efforcée de détecter et d'énoncer les différents axiomes qui, placés à la base d'un édifice mathématique, en assurent la cohérence interne.

En effet, par ce travail de constitutionnalisation des différentes branches du droit (tant public que privé), la Cour constitutionnelle fait véritablement une opération d'axiomatisation au sens logico-mathématique du terme puisqu'elle donne à la branche du droit dont elle s'occupe la «base constitutionnelle» qui jusque-là lui faisait généralement défaut ; et, rendant chaque branche du droit plus solide et plus logique, la «base constitutionnelle» joue un peu le même rôle que le système d'axiomes qui forme la base d'un édifice mathématique et en assure la cohérence interne.

Certes, on pourrait objecter qu'il y a, de la part de la Cour constitutionnelle, une grande marge de libre décision puisqu'en fonction des impératifs de toutes sortes (sociaux, moraux, économiques, politiques, juridiques) qui s'imposent à elle -comme à toute juridiction- elle aurait très bien pu choisir une toute autre base constitutionnelle que celle qu'elle a retenue pour la conférer à la branche du droit en question, et cela d'autant plus qu'elle dispose d'un pouvoir d'application, d'interprétation et de création de la norme constitutionnelle qui, sans être aussi absolu que certains le prétendent, est loin d'être négligeable. Mais, sur ce point, il faut se défier d'une certaine vue idyllique des constructions logico-mathématiques, car elles-mêmes ne répondent pas non plus à une pure et simple nécessité : les libres choix du logicien et du mathématicien y jouent un rôle beaucoup plus grand qu'on ne le croit habituellement. D'ailleurs, ne donne-t-on pas parfois cette définition aussi simple que remarquable de l'axiomatique : un système d'axiome qui, *jeté* à la base d'un édifice mathématique, en assure la cohérence interne ? Le verbe «jeter» est d'autant mieux choisi qu'il traduit la marge de liberté irréductible dont bénéficie le logicien. Or, si le juge constitutionnel dispose d'une marge de liberté incomparablement plus grande que celle du logicien, à l'instar de ce dernier il ne peut pas faire ce qu'il veut ainsi que semble vouloir l'accréditer une certaine théorie interprétationniste, dite «réaliste», du droit (70).

(70) Sur ce point essentiel, voir notre article *La théorie normative du droit et le langage du juge*, à paraître dans cette revue, 1994, n° 1.

INTERDÉPENDANCE FONCTIONNELLE ENTRE L'ÉCONOMIE ET LE DROIT : CONCEPTIONS ET LIMITES

Par

Prof. Dr. Hans-Peter SCHWINTOWSKI

I - PROBLÉMATIQUE

Le mot "économie" vient du grec. Il est formé de "oikos", l'économie domestique et du suffixe "nem" dont les significations sont multiples et qui veut dire ici "régler, administrer, organiser". Aristote, né en 384 avant J.C à Starige en Thrace, c'est-à-dire au nord de la Grèce actuelle et mort abandonné de tous en exil en 322 avant J.C. (1), s'était fixé pour but de décrire toutes les branches du savoir : nous cherchons pourtant en vain dans son œuvre une économie (2). Il n'a pas non plus écrit de recueil de science juridique dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui, bien que l'idée du droit soit alors déjà née (3) et qu'on en trouve déjà des traces dans "L'éthique à Nicomaque". De nombreux indices nous prouvent que nous nous trouvons alors à un tournant particulièrement important de l'histoire intellectuelle de l'humanité. Les processus de décision, jusqu'alors inconscients, font pour la première fois place à des processus de décision dont l'homme prend conscience en analysant la réalité qui l'entoure, en découvrant les normes de la nature et en essayant de se donner à lui-même des règles propres à organiser la vie en commun (4). La naissance de ce que nous appelons aujourd'hui les processus de décision pour la Grande Société fut accompagnée de la prise de conscience douloureusement éprouvée de phénomènes tels que la faute et l'expiation, l'abus et la justice, le bien et le mal ou la guerre et la paix, ce que les biologistes de l'évolution appellent le dualisme dans l'histoire du développement des systèmes vivants (5). Il est symptomatique que ce processus de prise de conscience soit éprouvé jusqu'à aujourd'hui comme la perte

(1) H.J. Störig, Kleine Weltgeschichte der Philosophie, T. 1, 1978, p. 175.
(2) Approche plus approfondie cf. M.I. Finlay, Die antike Wirtschaft, 2ème édition, 1980, p. 7, 12 sq.
(3) U. Wesel, Juristische Weltkunde, 1984, p. 21 sq, 49 sq ; F. Haft, Aus der Waagschale der Justitia, dtv, p. 1 sq.
(4) Ouvrage de référence : J. Jaynes, Der Ursprung des Bewußtseins durch den Zusammenbruch der bikameralen Psyche, 1988.
(5) G. Binnig, Aus dem Nichts, 1989, p. 79 sq.

du centre (6). C'est ainsi qu'encore de nos jours, nombreux sont ceux qui suivraient les théories des "cent écoles" de Lao-Tseu qui recueillirent en Chine les miettes d'une société en déliquescence, les trièrent et tentèrent de les transformer en un nouveau système (7). Ils étaient tous mus par la même idée : un système fonctionnant dans le passé d'une manière à peu près parfaite s'était grippé à cause des limites humaines ; une explication que l'on ne retrouve pas seulement dans les mythologies de l'Égypte et de La Grèce antique mais également dans les représentations du paradis perdu dans l'Ancien Testament et qui d'une manière plus générale survit dans presque toutes les religions de la nature (8).

Il nous faut nous remémorer que les hommes de l'Antiquité vivaient en petits groupes qui pouvaient fonctionner grâce à un système de décision restant inconscient. Ce système de décision inconscient se révéla insuffisant lorsque la densité de population augmenta, lorsqu'en particulier les relations commerciales entre les états du pourtour méditerranéen s'intensifièrent. Nous supposons aujourd'hui qu'il fut remplacé vraisemblablement à partir de 3000 avant J.C. environ par le système que nous considérons comme évident, un système de prise de décision consciente, fait de règles, de dispositions et de principes. Nous ne voulons pas discuter dans le cadre de cette étude du bien-fondé de cette chronologie proposée pour la première fois en 1976 par Julian Jaynes (9). Il est plus important de savoir qu'ont dû surgir à un certain moment des systèmes de décision conscients, tels que sont l'économie et le droit. Nous pouvons même affirmer qu'il s'agit vraisemblablement d'un long processus de développement des sociétés civilisées qui semble encore durer aujourd'hui. C'est là qu'il faut à mon avis chercher l'explication de la présence de doctrines théocratiques du salut côtoyant de nos jours encore des théories de la connaissance très compliquées.

Le souhait d'un retour des anciennes structures de décision inconscientes est probablement à l'origine de la survivance de ces théories, un souhait toujours vif lié au fait que les systèmes de recherche de décision conscients apparaissent toujours technocratiques, autocratiques, en un mot inhumain. Nous savons qu'il en est tout autrement et que la Grande Société dans laquelle nous vivons nous oblige à avoir recours à des systèmes complexes de règles et de décision ; ce sont précisément ces systèmes de décision qui permettent à l'humanité de survivre malgré une densité de population en constante augmentation. Les réflexions qui vont suivre reposent sur la conviction suivante : nous avons des systèmes de décision tels que le droit ou l'économie et ces deux systèmes de décision ont un objet de recherche commun, ils sont par là fonctionnellement hautement interdépendants. Le droit et l'économie, cela constitue une de mes thèses centrales sont liés synesthétiquement. Ils forment un tout comme les deux faces d'une médaille et génèrent ainsi ces structures de comportement et ces règles devenues pour la Grande Société d'une importance si primordiale car elles assurent sa survie économique. C'est là, dans ce rôle capital consistant à assurer les échanges économiques indispensables aux hommes, que se trouve la légitimation de la question sur l'interdépendance fonctionnelle entre précisément le droit et l'économie. Le droit et l'économie sont bien entendu liés, je ne fais que l'évoquer, à d'autres formes de recherche scientifique concernant la genèse des règles et des lois.

(6) Suivant en cela le titre de l'ouvrage de Sedlmayr.
(7) Laudse, Daudedching, dtv-Klassik, 2ème édition, 1985, p. 28 sq.
(8) Laudse, op. cit., p. 32 sq. J. Jaynes, op. cit., p. 311 sq, p. 357 sq.
(9) Der Ursprung des Bewußtseins durch den Zusammenbruch der bikameralen Psyche, 1976 ; sersion allemande 1988, passim -le titre est trompeur, l'objet de l'étude n'est pas tant l'origine de la conscience- voir : Popper/Eccles, Das Ich und sein Gehirn, 1989 -mais plutôt les origines des systèmes de prise de décision conscients.

Nous pouvons facilement découvrir des liens avec la sociologie (10), la psychologie sociale, les sciences de l'histoire et aussi avec la philosophie analytique de l'esprit ou la linguistique. Je m'en tiens dans mon développement à la problématique dualiste moins ambitieuse, car les rapports fonctionnels entre le droit et l'économie ont un caractère tout à fait exemplaire. C'est la limitation à ces deux domaines qui rend justement visibles les structures qui sont en définitive fondamentales pour les systèmes de normes et de décision. De plus, cette limitation rend plus sensible la communauté de méthodes fonctionnelles liant le droit et l'économie ; une réalité qui n'est pas encore reconnue par tous dans le domaine des sciences juridiques. Nous pouvons ainsi sur le fondement d'une telle pensée fonctionnelle développer quatre règles fondamentales que nous pouvons nommer le carré magique des systèmes de prise de décision. Le lien synesthétique entre le droit et l'économie permet enfin de mettre à jour un déficit didactique dans l'enseignement scientifique des deux matières. Nous pouvons montrer d'une manière tout-à-fait pratique que l'enseignement dans ces deux matières n'est pas très bien structuré et que les stratégies employées dans la formation scientifique amènent plus à la simplification qu'à la synthèse, stratégies qui pourraient à mon avis être facilement améliorées.

II - LES FONCTIONS D'ÉCONOMIE ET DE DROIT

Fonction (en latin : "manière de faire") signifie en général tâche, charge revenant à une partie dans un tout. Ce mot signifie également : travail, activité, rendement ou vocation. Les sciences économiques ont une définition du terme reposant sur le concept mathématique de fonction qui se recoupe avec la définition qu'en donnent les sciences juridiques : "tâche ou partie d'une tâche visant un but défini (11)". Il s'agit donc ici dans un sens extrêmement simplifié de la tâche assigné à l'économie et au droit. Mais ni pour l'économie, ni pour le droit, cette tâche, cette fonction n'est définie d'une manière communément admise. Nous retrouvons dans un important travail de Peter Behrens, paru récemment, l'idée largement répandue selon laquelle les rapports entretenus par l'économie et le droit seraient des rapports d'échanges d'informations concernant des objets se rapportant à un domaine respectivement étranger à leur discipline propre ; "Le droit appliqué apporte des informations aux sciences économiques ; les sciences juridiques apprennent des sciences économiques ce qu'elles doivent savoir de "la nature des choses" (12). Les conceptions ordolibérales de Walter Eucken, se recoupant par là structurellement avec le point de départ du marxisme, partent en revanche du principe selon lequel toute action humaine repose sur des plans, dont la multitude appelle une coordination. C'est ainsi que se constitue un ordre social pour lequel le droit n'est pas une donnée fixe mais une donnée manipulable à l'aide de laquelle on peut influencer les rapports socio-économiques (13). On peut enfin observer le rôle croissant joué par une pensée nommée "l'analyse économique du droit". Cette théorie repose sur les travaux fon-

(10) Cf. Rainer/Sauermann/Schneider, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschft, Soziologie und Statistik, 1964, passim.
(11) W. Krawietz, Recht als Regelsystem, 1984, p. 9 sq ; J. Mestmäcker, Regelbildung und Schutzrecht in marktwirtschaftlichen Ordnungen, 1985, p. 5 sq ; K. Chmielewicz, Forschungskonzeptionen der Wirtschaftswissenschaft, 2ème édition, p. 19 sq ; G. Schanz, Erkennen und Gestalten, 1988, p. 27 sq.
(12) B. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, p. 6 en se référant à Veit, in : Raiser/Sauermann/Schneider, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, p. 9 sq ; réflexions intéressantes chez E.J. Mestmäcker, Competition Policy and Antitrust : Some Comparative Observations, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaften (ZgS) 136 (1980) 387-407.
(13) B. Behrens, op. cit., p. 8 sq.

damentaux des américains Coase et Posner (14) et analyse, comme l'a justement montré Peter Behrens dans ses travaux, dans quelle mesure nous disposons d'alternatives à nos actions (15). Pour ce qui est de l'économie, l'objet de l'étude consiste, comme le dit Samuelson, en une analyse des décisions de la société et de ses membres concernant la répartition des moyens de production : "comment, en effet, ces moyens dont le volume est limité et dont le champ d'utilisation peut varier à l'infini, sont-ils utilisés pour la production des différents biens et comment ces biens sont-ils alors distribués pour la consommation" (16) ? Cette théorie cherche, suivant la tradition d'Adam Smith, à replacer l'économie dans le cadre des sciences sociales, ce qui signifie qu'il est alors possible "d'analyser d'une manière nouvelle les différentes forces qui la dirigent" (17). Si l'on excepte quelques malentendus ayant conduit à des erreurs d'appréciation (18), il s'agit, en ce qui concerne le droit de définir une échelle de valeurs spécifiquement juridiques, des valeurs propres que l'on ne peut rabaisser au rang des valeurs des autres disciplines. L'analyse économique revient constamment sur la formation de ces échelles de valeur et sur leur importance pour l'évaluation des différentes normes juridiques. "La pensé économique parvient ainsi à une rationalité plus grande que celle qu'atteint l'argumentation juridique" (19). Nous ne pouvons pourtant nous contenter ici de ces tentatives d'explication de la fonction, elles sont par trop réductrices. Nous n'avons affaire dans ces trois variantes qu'à des sous-fonctions du droit et de l'économie ainsi qu'à leurs rapports. On ne peut exclure que cette vision des rapports entre économie et droit provienne de l'absence de la question traitant spécifiquement des fonctions des systèmes ; peut-être a-t-on déjà présupposé que la tâche des différentes disciplines était déjà connue ? Pour cerner le véritable problème dont il est ici question, il me faut revenir à l'interrogation initiale : quelle tâches, c'est-à-dire quelles fonctions remplissent des systèmes tels que le droit et l'économie ? On peut trouver la réponse à ce problème en s'interrogeant, indépendamment des buts internes, sur les tâches que remplissent structurellement les deux disciplines ; quelles sont donc les structures sur lesquelles repose le système et sans lesquelles il s'écroulerait. Dans cette perspective fonctionnelle, libre de tout jugement de valeur, nous nous apercevons que l'économie et le droit tirent leur justification d'une fonction fondamentale étonnement simple, presque triviale : cette fonction reliant et dirigeant ces deux disciplines tout en leur assignant des rôles différents, consiste à établir des limites, limites que nous appelons communément législations ou règles. En cela, l'économie et le droit partagent ce rôle avec toute autre science empirique, comme l'a montré Karl Raimond Popper (20).

Le commerce de libre échange organisé ainsi par des règles, condition fondamentale, donne alors naissance à ces ordres, appelés par Adam Smith "La Grande Société" (21), par Karl Popper "La Société Ouverte" (22) et devient le fondement de la "théorie des ordres spontanés" (23) de Friedrich A.v. Hayek. Les limites sont donc, pour parler comme Manfred Eigen, une condition importante pour l'établisse-

(14) Réimpression allemande in Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, p. 93 sq, p. 146 sq.
(15) P. Behrens, op. cit., p; 21.
(16) Samuelson, Volkswirtschaftslehre, Bd. I, 7ème édition, traduit de l'américain par Schlieper/Lidy/Frenzel, 1981, p. 17.
(17) B. Behrens, op. cit., p. 22.
(18) Moins ardu que P. Behrens et également très utile : G. Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre ?, JZ 1991, 104 sq.
(19) P. Behrens, op. cit., p. 27.
(20) Ils partagent cette tâche avec toute science empirique K.R. Popper, Logik der Forschung, 6ème édition, p. 31 sq.
(21) A. Smith, Der Wohlstand der Nationen, 1776, réimpression 1978.
(22) Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1 und Bd. 2, 6ème édition, 1980, passim.
(23) F.A.v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd 1 : Regeln und Ordnung, 1980, p. 72 sq.

ment de véritables opérations de sélection, elles sont ainsi une partie indispensable du concept de développement d'un système intellectuel, tel que le droit ou l'économie (24).

On peut pourtant à juste titre se demander pourquoi l'élaboration de ces limites, de ces règles fait justement partie des tâches incombant à l'économie et au droit. Ne serait-il pas plus simple de partir, pour l'économie, de la diminution des coûts de négociation et de nous interroger sur le bien-fondé des réglementations présidant au développement à moyen et long terme des entreprises et des économies, développement qui apparaît bien chaotique ? Ces questions sont tout à fait justifiées : on ne peut réfléchir sur les fonctions d'un système sans se voir reprocher de partir de son propre modèle d'analyse pour décrire les fonctions du système. Je voudrais attirer votre attention sur des rapports qui vont peut-être paraître triviaux mais dont l'explication me paraît indispensable car mon mode d'investigation n'a, à ma connaissance, pas encore été utilisé dans l'économie ou le droit. Il provient des sciences naturelles, plus exactement de la physique moléculaire et rejoint la biologie de l'évolution et les premières recherches en génétique moderne qui lui sont très proches. L'idée première est également très simple. Les systèmes de décision comme l'économie et le droit sont les produits des systèmes antérieurs de l'évolution que sont par exemple l'espace ou la matière. Nous devons donc trouver dans les fonctions fondamentales de ces systèmes de nombreux points communs. Les fonctions fondamentales d'une cellule vivante par exemple se résument en définitive à une alternance de mouvements et de limitations, il paraît donc envisageable de développer un mécanisme comparable dans les systèmes de notre intelligence, concrétisé d'une façon idéale dans les catégories du droit et de l'économie. On peut alors considérer l'économie et le droit comme analogues aux systèmes de normes liés aux lois naturelles. Les découvertes faites dans ce domaine permettent de mieux connaître l'autre et vice-versa. En est-il vraiment ainsi et si oui, quelles sont alors les conséquences pour des systèmes de règles tels que l'économie et le droit ? Permettez-moi de développer encore une fois mon idée première.

L'évolution de ce que nous considérons aujourd'hui comme la réalité a connu pour Gerd Binnig, prix Nobel en 1986 pour ses travaux quatre phases. Il y eut tout d'abord l'évolution de l'espace, puis celle de la matière, ensuite celle de la vie et enfin celle de l'intelligence (25). Cette théorie présente de grandes similitudes avec le "modèle des trois mondes" (26) de Karl Popper ou également avec le modèle des strates du monde réel qu'avait développé d'un point de vue philosophique Nikolai Hartmann à la fin des années 30 (27). Il n'est pas primordial pour notre propos de savoir si l'on doit réellement intégrer l'évolution de la vie et de l'intelligence dans un modèle stratifié dont les étapes précédentes seraient constituées par la matière et l'espace. Il m'apparaît bien plus important de noter que les avis se rejoignent au moins sur le point suivant : l'espace, la matière, la vie et l'intelligence ont tous leur origine dans les mêmes éléments constitutifs fondamentaux de la nature. Les particules les plus élémentaires que nous connaissons, sont les leptons et les quarks. Ils constituent, une fois assemblés, les neutrons, les protons et d'autres particules élémentaires ; ils forment ensemble toute une série de différents atomes, qui sont de

(24) Eigen/Winkler, Das Spiel, 8ème édition, 1979, p. 76 sq.
(25) Gerd Binnig, Aus dem Nichts, über die Kreativität von Natur und Mensch, 1989, p. 96.
(26) Popper/Eccles, Das Ich und sein Gehirn, 8ème édition, p. 61 sq, sur le même sujet voir aussi Mario Bunge, Das Leib-Seele-Problem, 1984, passim.
(27) N. Hartmann, Der Aufbau der realen Welt, 3ème édition, 1964, passim ; on peut aussi lire l'ouvrage de Stephen W. Hawking qui part d'une réflexion plus inspirée des sciences naturelles, Eine kurze Geschichte der Zeit, Die Suche nach der Urkraft des Universums, 1988, passim ; voir également Friedrich Cramer, Chaos und Ordnung, Die komplexe Struktur des Lebendigen, 1988, passim ; et Alfred Gieger, Die Physik, das Leben und die Seele, 3ème édition 1986, passim.

leur coté à même de se grouper en molécules présentant également une grande diversité. Les travaux sur les matériaux biologiques ont montré toute l'importance de ces molécules complexes capables de se reproduire elles-mêmes. C'est ainsi que se constituent les êtres vivants, parmi eux les hommes qui sont peut-être la création la plus complexe que nous connaissions. Pour parler comme Gerd Binnig nous pouvons résumer ainsi : "La nature est structurée comme une langue. Ses plus petits éléments constitutifs sont les lettres, qui assemblées forment des mots. Ces mots forment des phrases. À partir de plusieurs phrases on peut faire une histoire, plusieurs histoires forment un livre, les livres forment une bibliothèque, etc..." (28). En un mot : les choses les plus complexes sont formées des choses les plus simples. On peut se représenter ce processus comme une pyramide de l'évolution comme le fait Binnig en se référant aux travaux de Reeves (29). Ma thèse de départ découle de cette structure pyramidale (30) de notre univers : je vois le rôle du droit et de l'économie dans la création de limites que nous pouvons aussi nommer règles. En tant que parties intégrantes de la nature le droit et l'économie fonctionnent obligatoirement d'après les mêmes lois organisatrices (atomes, macromolécules) qui régissent la nature. Les lois naturelles que les sciences physiques et naturelles considèrent comme leur fondement constituent donc également jusqu'à un certain point le fondement de toutes les sciences humaines donc le fondement de l'économie et du droit. Je considère ces réflexions comme irréfutables car le droit et l'économie font partie de cette période de l'évolution que nous nommons développement de l'intelligence, c'est-à-dire évolution de notre système de pensée. Les processus d'évolution quels qu'ils soient ne peuvent fonctionner que d'après les mêmes lois, car ils proviennent précisément tous des mêmes fondements d'où sont issus l'espace, la matière et la vie, à savoir l'atome, ses composants et la molécule. Une idée ne peut donc présenter une structure fondamentale différente de celle d'une molécule car elle ne serait alors pas compréhensible pour nos chaînes d'acides aminés regroupées dans notre ADN. On peut le dire plus simplement : tout système de pensées, y compris donc l'économie et le droit, ne peut être compris par notre ADN que si la structure fondamentale des pensées est analogue à la structure fondamentale de l'ADN. Ainsi, toutes les règles constituant les règles fondamentales pour l'atome et la molécule doivent se retrouver dans le monde de nos pensées, et inversement, les structures qui régissent le monde de nos pensées doivent avoir leur pendant dans la structure fondamentale atomique de la matière et de l'espace. C'est à ce qu'il me semble une thèse nouvelle et que j'espère intéressante car il apparaît que les sciences naturelles peuvent ainsi faire de nouvelles découvertes grâce aux sciences humaines et non pas l'inverse comme c'était jusqu'alors le cas. Comme nous ne sommes actuellement pas encore en mesure d'ordonner avec précision les règles fondamentales sur le plan neurophysiologique, il ne s'agit pour l'instant que d'une hypothétique tentative de recherche que devra venir corroborer à l'avenir une démonstration scientifique. Quand j'affirme donc que le rôle fondamental du droit et de l'économie réside dans la création de garde-fous, c'est-à-dire de règles et de lois, je ne fais qu'avancer une thèse que l'absence de recherche interdisciplinaire entre droit et génétique rend invérifiable mais qui, comme je l'espère, peut convaincre et avoir ainsi dans le bon sens dû terme une action heuristique pour les sciences humaines. Les règles fonctionnent à ce propos d'une manière analogue à l'agent bloquant la mutation chez les macromolécules, c'est-à-dire qu'elles définissent un champ d'action délimité à l'intérieur duquel peut

(28) Binnig, op. cit., p. 25.
(29) Binnig, op. cit., p. 24 sq.
(30) Plus de détails in : Marvin Minsky, Mentopolis, 1990, p. 21 sq ; Valentin Braitenber, Künstliche Wesen, 1986 ; H.-J. Flechtner, Grundbegriffe der Kybernetik, 5ème édition, 1970 ; W. Ross Ashby, Einführung in die Kybernetik, 1974.

survenir l'éclosion d'organismes viables mais également la dissolution et l'élimination de ces organismes. Les règles constituent donc les soubassements des processus d'évolution sensés ou pour employer la terminologie d'Heisenberger, elles sont les constantes de relations d'indétermination qui ne présentent donc pas ce niveau de constance. Les règles possèdent une propriété spécifique dans les situations conflictuelles : elles poussent soit à une stabilisation à un niveau différent, soit à la dissolution. Elles possèdent grâce à cette capacité les éléments indispensables aux systèmes de prise de décision, c'est-à-dire indispensables à des systèmes qui comme le droit ou l'économie doivent résoudre les conflits par oui ou par non. Il est bien connu que dans un tel système il arrive que le conflit ne puisse être résolu par oui ou par non : dans un cas semblable apparaissent vraisemblablement dans la nature de nouvelles combinaisons physiques ou chimiques. Nous pouvons dire en résumé que l'économie et le droit ont pour rôle de produire des règles et des lois pour le comportement humain ; des règles portant en elles leur caractère déterminatif qui tendent donc à former une autre "symétrie" (31) ou à se dépasser elles-mêmes. L'économie et le droit sont ainsi des systèmes qui possèdent un objet de recherche commun, qui sont donc fonctionnellement interdépendants tout au moins dans la mesure où il s'agit toujours d'organiser des faits ayant en commun de toujours contenir une composante économique. Voilà un résultat d'une grande clarté. Il ne devrait pas, malgré la diversification de la recherche en plusieurs branches et la formation de secteurs prioritaires qui en découle, être perdu de vue. Un autre problème reste pourtant quant à lui entier. S'il est vérifié que l'économie et le droit doivent livrer un ensemble de règles pour le comportement humain, nous ne savons pas si un aspect particulier de la vie, et si oui lequel, est plus spécialement concerné par l'ensemble des règles du droit et de l'économie. En d'autres termes : quelles questions peut-on qualifier de juridiques et dans quelle mesure touchent-elles à l'économie ? À ma connaissance, les sciences juridiques pas plus que les sciences économiques n'ont cherché à résoudre cette question, ce qui est vraisemblablement une conséquence du manque d'habitude des juristes et des économistes à réfléchir sur les fonctions fondamentales de leur domaine respectif (32). Je dois avouer que je ne possède pas non plus pour le moment de réponse à cette question mais je considère qu'il s'agit ici d'un problème tout à fait intéressant (33). Notre propos sera ici plutôt constitué par une question qui tourmente depuis toujours les sciences juridiques et qui n'est pas de moindre intérêt pour l'économie, à savoir la structure d'une règle "exacte".

(31) G. Binnig, op. cit., p. 96, p. 151 sq ; décider quelque chose signifie -transposé dans les catégories des sciences naturelles- former une symétrie, une image très convaincante pour le droit : une décision établit en effet un nouvel équilibre entre les partis, une résolution de conflit est alors la suppression de situation de déséquilibre.

(32) C'est également le cas pour la sociologie du droit qui n'a pas pu jusqu'à présent développer de propre "théorie de l'unité du droit", N. Luhmann, Rechtssoziologie, 1987, p. 354 sq ; pour élargir le propos : H. Willke, Systemtheorie, entwickelter Gesellschaften, 1989, p. 11 sq -ouvrage qui annonce que les théories de H.R. Maturana sur la "Selbstreferenz"- c'est-à-dire le développement et l'évolution propre des systèmes vivants peuvent devenir également le modèle fondamental de la théorie sociale, H.R. Maturana, Erkenne : Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, 2ème édition, 1989, 137 sq ; voir également : G. Teubner, Recht als autopoietsches System, 1989.

(33) Je propose ici une définition pour les problèmes juridiques compris dans ce contexte : tout problème ayant pour but la conservation de l'espèce, ne concernant donc pas spécifiquement l'individu pris séparément, peut être considéré comme problème juridique parce qu'il optimise la conservation de l'espèce, à condition de pouvoir donner lieu à une décision. On pourrait imaginer une théorie très voisine pour l'économie.

III - LA STRUCTURE D'UNE RÈGLE EXACTE

S'il se révélait exact que l'économie et le droit ont, pris dans un sens fonctionnel, libre de tout jugement de valeur, pour rôle commun d'établir des limites donc des législations ou des règles, il nous faut alors analyser les structures de ces règles qui peuvent revendiquer le qualificatif d'"exact". On ne peut en effet parler d'ordres menés par des règles dans le sens où l'entend Popper sans avoir auparavant développer pour ces règles des critères convaincants. Pour ce faire, il m'apparaît judicieux de décomposer en deux temps la recherche des structures de la règle exacte, qu'elle soit d'ordre économique ou juridique. Ces limites peuvent être en effet soit l'expression du code génétique, elles sont alors innées, soit au contraire la suite d'un choix entre plusieurs possibilités. Dans le premier cas les structures ne peuvent être transformées, la règle est donc nécessairement exacte dans la mesure où un tel qualificatif peut lui être attribué (34). Dans le deuxième cas les structures sont variables. Les structures variables peuvent avoir la propriété de s'établir au cours du temps par une action permanente au point de paraître innées. La biologie du comportement appelle ces phénomènes : l'imprégnation. Les phénomènes d'imprégnation sont pour le droit et l'économie, comme je vais le démontrer, d'une importance capitale qui n'a pas encore été saisie à ce jour.

1 - STRUCTURES DÉTERMINÉES

Je vais vraisemblablement surprendre en affirmant qu'une très grande partie des systèmes de règles utilisés dans l'économie et le droit repose sur des structures innées. Dès que nous le pouvons, nous nous servons de mots qui appellent en nous un programme de comportement génétique. Nous ne savons certes pas encore comment cela fonctionne neurophysiologiquement, mais il apparaît pourtant évident que cela fonctionne. Lorsque des hommes se trouvent par exemple dans une situation conflictuelle, nous trouvons tout à fait normal qu'il existe au moins potentiellement une possibilité de résoudre le conflit. Nous possédons aussi immédiatement des idées précises sur la voie à suivre pour résoudre ce conflit. Il se peut par exemple qu'un des partis fasse des concessions, que les deux partis se mettent d'accord sur un compromis, que l'un fournisse à l'autre une compensation, par exemple par un dédommagement ou que le conflit débouche au pire sur une guerre. Ce n'est là qu'un aperçu partiel des possibilités de résolution des conflits. Il m'importe ici de réfléchir sur la signification de l'expression : le conflit est résolu. L'affront perpétré dans le journal ne peut être totalement lavé même s'il y a réparation. Et que peut-on penser de ces partenaires ou de ces peuples affirmant s'être réconciliés ? Ce que ces exemples doivent éclairer et que nous appelons résolution de conflit ne peut être réellement crédible que dans le cas où notre ADN possèdent des structures ayant la capacité d'atteindre, à l'aide de mots, de phrases ou de comportements un nouvel état de symétrie. Une résolution de conflit doit être un programme de comportement génétiquement déterminé, mais qui ne peut vraisemblablement pas être déclenché chez tous les hommes d'une manière identique. C'est là que se trouve sans doute la clef pour la

(34) Ce n'est vraisemblablement pas tout à fait exact : l'environnement tout comme l'hérédité s'influencent mutuellement et forment des conditions préalables au développement de la vie. W. Radigk, Kognitive Entwicklung und zerebrale Dysfunktion, 1986, 12 sq ; Ilya Prigogine, Die physikalisch-chemischen Wurzeln des Lebens, in : H. Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 19 sq ; plus complet Prigogine/Stengers, Dialog mit der Natur, 5ème édition, 1986, passim ; très spéculatif : R. Sheldrake, Das Gedächtnis der Natur, 1990 ; il est ici plus utile d'argumenter pragmatiquement afin d'assurer un fondement solide à mes réflexions qui se développent à partir de structures déjà connues et qui peuvent ainsi rester compréhensibles sans pour autant empêcher toute correction ultérieure.

recherche future en droit pénal car il semble que ceux qui, parmi nous, commettent des forfaits puissent présenter une structure génétique différente de celle des autres. Ma thèse est donc en résumé la suivante : Des ensembles de règles à caractère décisionnel doivent être pourvus de structures de décision en partie innées car sans cela une décision ne serait pas possible (35). Le problème est maintenant de savoir quelle partie de ces règles doit être considérée comme innée, c'est-à-dire comme plus stable. Actuellement, je pense que les structures des domaines suivants peuvent être ainsi déterminées : la logique (36), les formes de l'argumentation, des résultats potentiels, des relations qui en découlent (par exemple plus d'attention pour les proches), les lois régissant au discours rationnel en général (37) et aux arguments irrationnels que sont le sens de l'honneur, la vengeance ou l'altruisme (38). Cela aurait par exemple pour conséquence de considérer une bonne partie des éléments juridiques utilisés par le droit comme déterminés. En économie, des concepts tels que efficience, coût, concurrence et standing semblent également présenter des structures déterminées. Pour ceux qui parmi vous auraient des difficultés à concevoir que les structures de décision puissent être innées, je me permets d'ajouter l'exemple des deux trains rangés l'un à coté de l'autre. Si l'un des deux trains se met en route, votre cerveau décide que vous roulez ou alors que l'autre train roule, bien qu'une décision soit dans ce cas totalement impossible. Notre cerveau réagit de la même manière face aux illusions d'optique des peintures de M.C. Escher quand par exemple deux escaliers peuvent aussi bien être interprétés comme venant à la rencontre ou s'éloignant l'un de l'autre (39). Ce qui doit ici retenir notre attention n'est pas ce que notre cerveau décide dans une telle situation mais bien plutôt le fait qu'il décide, bien que la situation ne puisse prêter lieu à une décision. On pourrait continuer à loisir avec des exemples qui montrent que notre cerveau est dominé par une structure de décision et de règles rendant possible ce que nous nommons une solution et je crois qu'il serait intéressant pour le droit et pour l'économie d'approfondir la recherche dans ce domaine. Il est une affirmation sur laquelle on ne peut en aucun cas revenir : si les structures de règles reposent sur des données innées, elles sont donc pour ainsi dire automatiquement exactes et donc inchangeables (40).

2 - STRUCTURES VARIABLES

Il existe parallèlement des structures de règles variables, c'est-à-dire non déterminées génétiquement. La plupart des comportements humains possibles et imaginables rentre dans cette catégorie (41). Que l'on veuille signer un contrat de vente ou de location, introduire un nouveau programme de fabrication changer une stratégie publicitaire ou préparer et réaliser l'attaque d'une banque, tous ces actes, à quelques exceptions près, devraient être structurellement variables. C'est à ce niveau que se joue le drame entre le droit et la morale, en un mot la question du bon droit,

(35) Pour plus de détails : W. Radigk, op. cit., 1986, p. 16 sq.
(36) Voir A. Menne, Einführung in die Logik, 1983.
(37) R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentaton, 1978.
(38) Les linguistes considèrent que la théorie de la grammaire générative de Chomsky aurait sa place ici. On trouvera plus de renseignements chez J. Lyons, Noam Chomsky, dtv-tb, 4ème édition, 1976 ; fondamental sur ce sujet : H. Haarmann, Universalgeschichter de Schrift, 1990.
(39) Comparer les reproductions chez D.R. Hofstadter : Gödel, Escher, Bach, 1988, passim.
(40) Le fait qu'il est maintenant possible de transformer des structures innées par des manipulations génétiques nous montre que les choses ne sont pas aussi simples qu'elles paraissent. La théorie qui vient d'être développée demeure pour l'instant tout à fait utilisable et convaincante.
(41) On trouve des exemples pris dans l'anthropologie biologique chez Eibl-Eibelsfeld, des adapations liées au groupe du comportement humain in : Biologische Anthropologie, deuxième partie, dtv-Wissenschaftliche Reihe, 1972, 3, 48 sq ; Chr. Vogel, Gibt es eine natürliche Moral ?, in H. Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 193 sq.

la question de la "règle exacte" (42). Et je pense qu'ici aussi les lois fonctionnelles de la nature peuvent nous aider. Il existe parallèlement au principe de dualisme, le principe de mouvance que l'on retrouve pour la physique dans la relation d'indétermination d'Heisenberg (43). Cela signifie plus simplement que dans la nature, il est difficile de donner une définition précise des structures variables, il demeure toujours des relations au cadre mal défini, c'est-à-dire des espaces permettant des transformations du système, des corrections, en un mot une évolution. Si l'on applique cette structure jusqu'ici réservée aux systèmes vivants, au système de l'intelligence, on peut aboutir à la structure d'une règle exacte : les règles du domaine variable qui obligent à des comportements immuables et bloqués sont tendanciellement fausses. Plus la marge de liberté laissée par une règle est réduite, plus la cause la légitimant doit être forte (principe de flexibilité) (44).

Pour ce qui est par exemple de la circulation routière, chacun comprendra aisément qu'on doive fixer le côté de la route sur lequel on roule ; il serait totalement inacceptable que l'on ne puisse utiliser l'autre côté si la situation le nécessitait. Celui qui a tué est en général puni sévèrement sauf s'il a agi en état de légitime défense ou lors d'une guerre déclarée. La réalisation du profit maximal est pour toute entreprise un but légitime s'il ne s'accompagne pas d'une menace grave pour la communauté. On ne peut rien reprocher à une habile stratégie de marketing tant qu'elle ne trompe pas le consommateur et ne le force pas psychologiquement à l'achat. La limitation des libertés personnelles par l'état peut être nécessaire et utile. Mais elle doit être sous-tendue par des possibilités de recours permettant l'éventualité d'exceptions à la règle, d'assouplissements ou de suppression. On nomme ce mécanisme en Allemagne le principe de proportionnalité et il représente un des piliers principaux sur lesquels repose notre droit constitutionnel. Le principe de flexibilité que nous venons juste d'énoncer ne laisse que peu de place à des systèmes arbitraires : ils ne pourraient en effet trouver de légitimation parce qu'ils sont obligés d'édicter des règles fixes, c'est-à-dire arbitraires qui en général ne sont qu'un apport purement formel ne laissant aucune place à un recours. Il en découle donc que le rapport établi entre les sciences physiques et naturelles, en particulier avec la relation d'indétermination d'Heisenberg soit tout au moins pour la discussion sur la morale d'une importance capitale pour les sciences juridiques.

3 - IMPRÉGNATIONS

Pour finir quelques mots sur les phénomènes de formation des règles devenant par la suite fixes, ce que la biologie du comportement appelle les imprégnations. Un enfant qui naît ne naît pas avec une religion bien définie. Elle devient peu à peu partie intégrante de sa vie et il est possible un jour que le dogme devienne si important pour lui qu'il préfère la guerre et la mort plutôt que la négation du dogme. Dans le cas présent, des structures de règles variables ont dû se transformer en structures de règles génétiques. C'est ce qui se passe peut-être aussi chez nos délinquants qui apprennent souvent dès leur enfance qu'il est utile de devenir délinquant aux yeux du groupe dont ils font partie. Il est également possible que les hiérarchies dans les entreprises et dans les familles s'établissent de la même façon, que certaines habitudes

(42) Pour plus de précisions : R. Dreier, Recht und Moral in : Recht und Moral, Ideologie, 1981, 180 sq.
(43) Cette relation a été établie en 1927 par Heisenberg à partir de la mécanique quantique : elle démontre que le lieu q et l'impulsion p d'une particule ne peuvent être établis simultanément avec la précision souhaitée. Cette indétermination inévitable de l'état originel rend une prévision exacte des mouvements futurs de la particule impossible (Indéterminisme), dtv-Atlas zur Atomphysik, 1976, 19.
(44) Le principe de flexibilité correspond au principe de réglementation et d'organisation interne pour les sciences biologiques et techniques, voir à ce propos les passionnantes conjectures du Prix Nobel Manfred Eigen in ; Eigen/Winkler, Das Spiel, 8ème édition, 1987, p. 45 sq.

dans la répartition des rôles entre la femme et l'homme soient une conséquence de phénomènes d'imprégnation structurels, en un mot, qu'une partie de nos réglementations juridiques et économiques soient pour leur part des formes de ces imprégnations. L'importance que revêt ce problème apparaît tout particulièrement lorsqu'on remet en question un comportement longtemps usité. Doit-on vraiment sacrifier le respectable Code Civil allemand ou même le Code Civil français de 1804, plus célèbre encore, sur l'autel d'une nouvelle codification du droit civil telle qu'elle est prévue sur le plan européen ? Les anglais doivent-ils réellement abandonner leur case low pour l'idée européenne ? Verra-t-on même bientôt à Londres des voitures de toute marque servir de taxi et ne serions-nous pas confrontés à une perte totale de toute justice si les juges anglais et les "barrister" leur faisant face ne devaient plus porter de perruques bouclées ? Vous le voyez, les problèmes sont complexes et ne doivent pas toujours être pris au sérieux ; ils illustrent un phénomène commun aux sociétés humaines qu'on a peu étudié jusqu'à maintenant, le phénomène de fixation de règles jusqu'alors totalement variables en règles quasi-génétiques qui ne peuvent plus être remises en question. On ne trouve pour le moment que quelques suppositions tentant d'expliquer le processus de fixation de ces règles dans le cerveau humain. Il semble exister une relation entre des décharges de dérivés d'opium produits par le corps humain. les endorphines, et les structures du comportement. Il y a déjà de très intéressantes tentatives de recherche sur la "chimie de l'âme" qui conduiront très certainement dans quelques décennies à de profondes transformations dans la connaissance que nous avons de nous-mêmes (45). Les recherches actuelles semblent indiquer que les hommes tentent d'atteindre dans leur cerveau des états d'équilibre chimiophysiques. C'est-à-dire des états de symétrie pareils à ceux que constitue un système de décision (46). C'est là que pourraient se rejoindre chimie, physique et sciences humaines. Le rôle qui incomberait aux systèmes organisationnels afin de rendre viables ces nouvelles relations serait de créer des règles qui conduiraient pour une bonne part à l'établissement d'états d'équilibre dans l'âme humaine. Ces réflexions renferment une grande part d'incertitude. Tout d'abord parce que la recherche génétique n'en est qu'à ses tous débuts. Mais également, parce que les juristes, les économistes et aussi les scientifiques ne se livrent que rarement à la recherche et à l'interrogation synesthétique car la recherche intégrée et interdisciplinaire reste la grande exception ce qui m'apparaît de plus en plus fâcheux ; je pense avoir suffisamment montrer lors de mon exposé à quel point une collaboration entre droit, économie et sciences naturelles peut se révéler importante et fructueuse pour la recherche, comme ce serait par exemple le cas dans un centre de génétique juridique. Permettez-moi de présenter les quatre conditions fondamentales nécessaires à mon avis afin qu'un système de règles remplisse au mieux sa fonction. Il s'agit ici de conditions qui correspondent à celles des systèmes vivants qui représenteraient donc pour les sciences naturelles le fondement de tout système vivant.

IV - LES FONCTIONS FONDAMENTALES D'UN SYSTÈME OPTIMAL DE PRISE DE DÉCISION

Les systèmes de règles et de décision tels que le droit et l'économie ne peuvent atteindre leur but que s'ils remplissent ces quatre conditions fondamentales :
1) Fonctionnalité

(45) Pour plus de précisions : Solomon H. Snyder, Chemie der Psyche, Drogenwirkungen im Gehirn, édition allemande 1988 ; Strickberger, Genetik, 1988, 523 sq ; B. G. Hoebel, Neurogene und chemische Grundlagen des Glücksgefühls, im Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, Gruter/Rehbinder (Hrsg), 1983, p. 87 sq.
(46) Ilya Prigogine, in H. Meier, op. cit.. p. 21 sq.

2) Optimisation
3) Incertitude
4) Correction

On peut dire qu'il s'agit ici du carré magique des conditions de fonctionnement des systèmes économie et droit, mais aussi de tous les autres systèmes de prise de décision. À vrai dire ces quatre règles concrétisent le programme que nous avions étudié d'une manière générale sous l'aspect de le "règle exacte".

1) La fonctionnalité est une condition nécessaire parce qu'elle permet d'éliminer toutes les règles ne conduisant pas au but fixé. Il s'agirait par exemple en architecture des règles de statique pour les bâtiments : pour la circulation, ce serait l'obligation de rouler à gauche ou à droite ou celle de signaler un changement de direction. En droit social la règle de fonctionnalité implique que celui qui n'a rien reçoive un secours. Ce n'est pas en contradiction avec le système d'économie de marché mais bien plutôt une conséquence de ce système. Car un système d'économie de marché implique que les citoyens y participent. Il doit donc veiller à ce que chacun puisse avoir au moins la possibilité de participer à ces fonctions fondamentales. En ce qui concerne la protection de l'environnement, on pourrait par exemple penser ici à des réglementations visant à préserver la pureté de l'air et de l'eau, à des normes claires et nettes pour l'élimination des déchets nocifs et pour l'utilisation d'installations dangereuses. Dans le domaine du droit des médicaments et de la protection de la santé, il s'agit ici de la transparence et du degré d'information sur la composition des produits et bien sûr de l'interdiction de dosages pouvant être mortels. Et dans le droit des entreprises, des droits de propriété et de jouissance (property rights) pour ne citer que cet exemple. On aura dans le détail du mal à parvenir à un accord sur la différenciation entre les règles qui sont nécessaires pour atteindre un but dans le sens de la règle de fonctionnalité et celles qui ne sont que souhaitables. On peut certainement dire que la "trabi" remplit les conditions nécessaires pour être une automobile. Mais on peut difficilement nier qu'elle ne pourrait être améliorée ou qu'il n'y aurait pas de bonnes raisons d'adapter son niveau technique au goût du jour. Cela signifie qu'il n'est pas suffisant de créer et de décrire des conditions nécessaires à la réalisation d'un niveau minimal pour pouvoir affirmer être en passe d'atteindre un but ; il est bien plus important de tout faire pour que tout fonctionne au mieux.

2) C'est ce but que cherche à atteindre la seconde règle, la condition d'optimisation. Elle nous est transmise depuis peu par "l'analyse économique du droit", en particulier dans les travaux que lui ont consacrés Coase et Posner aux États-Unis (47). On peut énoncer cette règle en quelques mots : on doit se servir en priorité des règles qui rapportent plus qu'elles ne coûtent (de là le nom règle d'optimisation). Cette règle est déjà à mon avis en elle-même extraordinairement évidente. La critique que rencontre l'analyse économique du droit, formulée en Allemagne en premier lieu par Fezer (48), ne concerne pas d'ailleurs directement cette règle mais plutôt le fait d'utiliser l'économie dès la recherche et la fixation des buts à atteindre (49). Cette

(47) Voir le résumé contenu chez Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, p. 93 sq. ; également P. Behrens, op. cit., p. 21 sq ; Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986, passim ; M. Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs-und Verschuldungshaftung, 1985, passim.
(48) Aspekte einer approach, JZ 1986, 817 sq ; du même auteur : Kritik an der Ökonomischen Analayse des Rechts, JZ 1988, 223 sq.
(49) G. Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre ? JZ 1991, 104 sq ; du même auteur : Das Verursacherprinzip : Leerformel oder regulative Idee ?, JZ 1990, 1042 sq ; W.B. Scünemaa, Der Homo Oeconomicus im Rechtsleben, ARSP 1986, 502 sq ; Ott/Schäfer, Die Ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis ?, JZ 1988, 213 sq.

condition d'optimisation peut à première vue apparaître très simple ; son utilisation peut pourtant se révéler très compliquée. En premier lieu parce qu'une analyse de la relation coût/utilité comporte des facteurs difficilement quantifiables. Les sciences économiques se sont déjà penchées sur ce problème et ont suggéré différents moyens permettant de le résoudre : ne citons ici que l'efficience de Pareto ou le fameux critère de Kaldor et Hicks (50). On peut en résumé affirmer avec P. Behrens que "l'économie et le droit dans le cadre de l'analyse économique du droit peuvent tout à fait être compris comme ayant un champ d'action commun. Ces deux disciplines étudient le comportement humain compris comme étant l'acte de décision entre plusieurs alternatives. Partant de là, il devient donc plausible qu'une forme de pensée économique analysant les choix humains ne peut manquer de s'intéresser aux fonctions des normes juridiques limitant le nombre des alternatives. Il devient à l'inverse tout aussi plausible que la jurisprudence doive apprendre à considérer les normes juridiques comme étant elles-mêmes des choix entre les alternatives et à les analyser sur la base de la pensée économique (51)."

3) Condition d'incertitude : Une autre catégorie de cas, bien plus difficiles, est celle où l'on ne peut dire avec certitude ce qu'il faut faire. De telles incertitudes peuvent apparaître au niveau de la fonctionnalité tout comme au niveau de l'optimisation. La fonction de protection de la santé se trouve-t-elle remise en question parce que nous n'interdisons pas l'alcool et le tabac ? Devons-nous donc pour des raisons de fonctionnalité renoncer à l'énergie nucléaire, aux usines chimiques dangereuses ou devrions-nous au moins le faire en considération des paramètres d'optimisation, c'est-à-dire des coûts ? Les coûts de la pollution atmosphérique causée par les automobiles se trouvent-ils réellement optimisés par le pot catalytique, devrions-nous renoncer aux acides hydrochloriques contenus dans les atomiseurs ou aux PCB des bouteilles en plastique ; les systèmes sociaux de la CEE doivent-ils être harmonisés et les travailleurs de la CEE ont-ils besoin des mêmes droits ?

Tous ces cas ont en commun de ne pouvoir pour le moment être résolus par une seule et même règle qui serait considérée comme valable : nous connaissons encore trop peu en détail les éléments jouant un rôle dans ce processus (52). Dans les cas donc où une décision doit être prise malgré des conditions d'incertitude, il n'est pas possible de déclarer si une règle est valable ou non. Malgré cette incertitude nous pouvons citer deux exemples montrant que, même dans une telle situation, les règles peuvent avoir de l'utilité :

- il est utile dans une situation de décision incertaine qu'il y ait plusieurs règles différentes parce qu'elles permettent de mettre en concurrence différents systèmes par le principe de try and error (tentative et échec) afin de surmonter à moyen terme l'incertitude.
- il peut être dans le même ordre d'idée utile d'avoir un niveau minimal commun afin d'empêcher des actants économiques faibles de se livrer à une nouvelle baisse injustifiée du niveau.

4) Un système de prise de décision optimal a enfin besoin de règles de correction. Elles concrétisent le principe de flexibilité que nous avons vu plus haut, c'est-à-dire qu'elles découlent logiquement des règles de fonctionnalité et d'optimisation puisque des problèmes de fonctionnalité et des hausses dans les coûts sont les signes tangibles d'un cadre juridique sous-optimal. La règle de correction indique que toute

(50) Kirchgässner, op. cit., JZ 1991, 104, 109 sq ; voir aussi la règle d'honnêteté de John Rawls : Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, p. 19 sq.
(51) P. Behrens, op. cit., p. 30, 335 sq.
(52) Pour plus de précision : H.W Sinn, Ökonomische Entscheidungen bei Ungewißheit, 1980.

faute, même si elle apparaît tardivement, doit être corrigée. Pour les juristes, cette règle de correction est un instrument relativement connu qu'ils appellent l'interprétation téléologique, c'est-à-dire tournée vers la finalité et le sens des normes. À la périphérie de l'interprétation téléologique, on retrouve les discussions sur la formation continue des juges ou sur la primauté de décision du parlement, deux formes de la règle de correction qui corroborent le principe de la séparation des pouvoirs. En Allemagne, même ce qui est décidé par le législateur peut être corrigé : c'est là le rôle du tribunal constitutionnel. La science joue ici un certain rôle dans la mesure où elle se préoccupe des questions pratiques et où elle cherche à commenter les résultats. Un problème demeure : des corrections touchant le système ne sont pratiquement possibles qu'au niveau du tribunal constitutionnel. Quiconque considérerait le droit civil allemand après une analyse approfondie comme beaucoup trop compliqué dans certaines de ses parties, donc beaucoup trop peu clair à la plupart des citoyens, ne pourrait qu'au prix d'énormes difficultés parvenir à des modifications réelles du système. Cela tient au caractère d'évidence acquis par un système juridique au cours du temps et à une incapacité naturelle au changement que l'on retrouve dans le système de nos pensées et également dans celui de la matière et de l'espace. On ne doit pas sur ce point se livrer à une critique systématique, il serait pourtant utile que les économistes et les juristes travaillent ensemble à une critique constructive. Une remarque me semble ici de la plus grande importance : la règle de correction, si elle est prise au sérieux, doit être accompagnée de critique constructive. Cette critique ne doit pas se contenter d'éclairer une situation contradictoire ou critiquable sur un point quelconque ; elle doit déboucher sur des propositions concrètes permettant à l'avenir d'améliorer la situation. Et nous savons qu'il est bien plus de faire des propositions constructives que de critiquer. Afin d'illustrer ces quelques réflexions avec des exemples, je montrerai à la fin de mon exposé quelques conséquences pratiques du concept d'interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit qui mettront je l'espère en évidence qu'un procédé usant de relations fonctionnelles conduit à des problématiques et à des résultats qui différent totalement de ceux auxquels nous sommes habitués.

V - LA MÉTHODE FONCTIONNELLE SYNESTHÉTIQUE : LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DU CONCEPT D'INTERDÉPENDANCE FONCTIONNELLE

1 - RECHERCHE FONCTIONNELLE SYNESTHÉTIQUE

a) Le "vrai" système juridique

Il est une question très importante qui ne se trouve bizarrement jamais posée : le système juridique utilisé par la société rend-il des services justifiant son coût ? Il est bien possible qu'il s'agisse là d'un problème ardu et il est également possible qu'il soit difficile de parvenir à un consensus à propos de la définition des coûts d'un tel système. Je pense pourtant que la réflexion s'impose car il s'agit d'une question fondamentale de notre société. De plus la mise en place d'une société pour tel ou tel système peut impliquer des blocages qui pourraient être le signe d'un état au minimum sous-optimal d'après les définitions que nous avons établies sur la règle exacte. Ma vision du monde n'étant pas totalement utopique, je comprends aisément que personne ne pose cette question. La raison en est que personne ne croit qu'un système entier de prise de décision puisse être transformé à la suite de recherches scientifiques approfondies. Il est possible que le résultat ne serait alors qu'un gaspillage de ressources. Nous nous trouvons pourtant au moins en Europe

dans une situation qui justifierait tout à fait que l'on traite de cette question. Le Parlement Européen a en effet en 1989 publié une résolution (53) selon laquelle les États-membres doivent créer un code civil et commercial européen commun. C'est là une chance unique de pouvoir se prononcer sur les questions fondamentales posées par un système juridique de prise de décision et cela aussi bien d'un point de vue juridique que d'un point de vue économique. Les lignes directrices énoncées par le Parlement Européen se trouvent dans la tradition du système légaliste en vigueur dans les espaces juridiques allemands et latins. Un code de lois commun doit être créer. À l'inverse, il existe dans les espaces juridiques anglo-américains le système traditionnel des "case law" qui repose dans ses grandes lignes sur un "reasoning from case to case". En réalité et ce n'est un secret pour personne, les deux systèmes se mélangent à l'usage. Si l'Europe devait opter pour un code civil et commercial unique, il serait alors indispensable de discuter les avantages et les inconvénients d'un tel projet et cela d'une manière interdisciplinaire dans un large forum réunissant des économistes et des juristes. Je penche plutôt pour l'instant vers un nouveau système mixte qui résoudrait les questions fondamentales suivant la méthode légaliste mais qui laisserait les questions de détail à la méthode des "case law". Un tel système présupposerait plus que la création d'un nouveau code de lois ; il faudrait établir en plus un système européen de juridiction capable de fonctionner.

b) La conception des termes principaux d'un code de lois

L'idée qui va suivre découle de la première. Un code civil doit par exemple contenir les informations permettant aux citoyens de savoir quand il y a problème dans l'exécution du contrat et quand ils peuvent par exemple demander des dédommagements. Il s'agit d'un système de règles extraordinairement compliqué dont les parties sont souvent imbriquées les unes dans les autres. Il y a des défauts d'exécution de contrat qui peuvent s'appeler impossibilité ou retard ou bien encore mauvaise exécution du contrat, suivant que l'exécution du contrat ait été impossible depuis le début ou qu'elle ne soit devenue impossible qu'après la signature du contrat. Il existe parallèlement pour toute une série de contrats des règles de défauts et de non-exécution particulières que viennent souvent contrecarrer de leur côté des délais de prescription arbitrairement réduits. Si ce système devait régler la circulation routière, servir donc de code de la route, nous aurions dès les premiers jours un désordre complet sur nos routes parce qu'il ne serait même pas clair s'il faut rouler à gauche ou à droite ou si une des trois couleurs des feux tricolores autorise à passer ou oblige à s'arrêter. On suspendrait donc bien vite ce code de la route et on s'empresserait d'en publier un nouveau, plus clair, sans équivoque. Pour l'ensemble des lois concernant la non-exécution il en va tout autrement : le citoyen ne connaît pas ces lois, les juristes et les économistes se gardent bien de les lui révéler. Dans le domaine de la non-exécution, le système français se rapproche dans les articles du Code civil du système allemand. Il existe le cas de l'impossibilité antérieure et parallèlement le concept central de l'impossibilité postérieure, tout comme le cas de l'inexécution, où se trouvent regroupés les cas de non exécution, de rupture de contrat positive, de retard et d'impossibilité postérieure. Pour des contrats bilatéraux, il existe une norme spéciale (Art. 1184 Code civil) prévoyant dédommagement et résiliation de contrat. Aux États-Unis en revanche, le droit du non-respect de contrat est très simple, si l'on excepte le droit de vente. Il existe la règle du "breach of contract". Si le débiteur ne remplit pas une obligation juridique attestée, il y a "breach of contract". Tous les différents cas du droit allemand (impossibilité, retard, non-respect positif de contrat,

(53) Dok. AZ-157/89 ; Abl. v. 26.6.1989 Nr C 158/400.

incapacité antérieure) sont ainsi rassemblés en une seule règle principale. Si la rupture de contrat est très grave, la partie en cause doit dédommagement ou résiliation même si la faute ne lui est pas imputable ; si le manquement aux obligations n'est pas grave, il faut alors que la faute puisse lui être imputée pour qu'il y ait dédommagement. On ne peut intenter un procès en exécution que dans les cas extrêmes. Pour les achats de biens, le droit américain est également très compliqué. Il arrive de se perdre dans ce système des défauts d'exécution (remedies) qui regroupe aussi bien les exclusions tacites (Implied warranties) que les exclusions expresses (express warranties) (54). Il existe dorénavant un accord de 1980 des Nations-Unis sur le droit des ventes que la RFA a ratifié et qui est en vigueur depuis le 1.1.1991. Il est intéressant de noter que cet accord s'est appuyé sur la conception simple du common law et non pas sur celle du UCC. L'article 25 rend nécessaire une violation importante du contrat. Cette condition est remplie lorsque la partie adverse subit un dommage. Une différentiation entre plusieurs catégories de défaut d'exécution de contrat n'existe pas. C'est un système juridique simple, clair et qui n'engendre pas ainsi à mon avis de coûts bien élevés. En Allemagne par contre, il nous faut bien constater qu'il n'existe pas d'analyse économique du droit s'occupant des défauts d'exécution. Aucun économiste ne s'est trouvé pour écrire une telle analyse et toute l'analyse économique du droit continue d'être assurée par des juristes. La seule exception est le manuel d'analyse économique de Schäfer et Ott paru en 1986 et qui devrait servir de modèle pour les études à venir. Voilà qui montre bien que l'interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit que nous avons développée d'une manière théorique est encore bien loin d'avoir des conséquences pratiques. J'espère pourtant que le Code civil européen, qui est actuellement en préparation, tiendra compte des avis des économistes, car comme mes réflexions l'ont montré, on ne peut mettre en place un système de prise de décision optimal sans recourir à une vision globale et interdisciplinaire.

c) La société à capital d'affectation : une forme de société sans propriétaire

J'ajoute ici un dernier exemple. La ligne de conduite des entrepreneurs est définie dans tous les pays civilisés par des lois d'une grande précision regroupées dans le droit des sociétés. Il existe normalement un nombre restreint de formes de société : le choix qu'opère l'entrepreneur parmi ces différentes formes est dicté par les buts économiques qu'il s'est fixé. Cette réduction à un nombre restreint de formes s'appelle en Allemagne "le numerus clausus des formes de société". Une caractéristique marquante et qui n'est pas propre à l'Allemagne réside dans le fait que les personnes qui financent la fondation de la société acquièrent par ce financement une influence sur la marche de cette société. Ce système groupant la mobilisation de capital et le contrôlant se retrouve dans toutes les formes de société à l'exception de la fondation qui ne dispose pas d'un droit de regard sur les destinées de l'entreprise. On peut observer actuellement que les grandes sociétés par actions, surtout quand leur capital est disséminé, s'éloignent de plus en plus de ce modèle liant étroitement mobilisation de capital et contrôle. L'actionnaire isolé n'a qu'une influence infime sur l'entreprise, il ne la contrôle plus du tout : c'est donc le management qui récupère peu à peu cette compétence de contrôle perdue par les détenteurs du capital. Ce phénomène se trouve encore renforcé par les juridictions de certains pays : au Japon par exemple les collaborateurs des entreprises disposent de certaines compétences de

(54) Pour plus de précisions Elsing, US -amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 1985, p. 63 sq ; von Triebel, Englisches Handels - und Wirtschaftsrecht, 1978, p. 35 sq.

contrôle et de décision (55). Cette évolution pourrait nous pousser à affirmer que notre droit des sociétés à capitaux ne peut plus fonctionner normalement. Mais nous pourrions tout aussi bien penser que ce droit des sociétés à capitaux doit être complété et qu'il doit trouver une nouvelle voie en contournant s'il l'on peut dire le droit actuellement en vigueur. En d'autres termes, nous pouvons légitimement nous demander si nous n'avons pas besoin d'une forme de société sans propriétaire, une société à capital d'affectation pour compléter la palette des formes de société déjà existantes. L'État peut par exemple fondé des sociétés à capital d'affectation en mettant à disposition le capital d'affectation : il pourrait ainsi favoriser l'installation d'entreprises dans des régions démunies de structure industrielle pour lesquelles il est presque impossible de trouver des investisseurs privés. Une collusion d'intérêt entre les détenteurs du capital et le développement de l'entreprise serait exclue dès le départ. Ce modèle pourrait également fonctionner pour des investisseurs privés qui pourrait transformer l'entreprise qu'ils ont créée en une société à capital d'affectation ce qui leur éviterait d'avoir recours à la fondation qui ampute encore plus leurs prérogatives. On pourrait approfondir ce point. On pourrait ainsi démontrer qu'une société dans cette forme juridique de l'affectation de capital remplit toutes les fonctions qu'une entreprise doit remplir dans l'économie de marché, qu'il n'y aurait donc pas de problème à renoncer à la fonction de contrôle des détenteurs du capital. Cela reste mon opinion. Il se pourrait même que cette société à capital d'affectation -une forme de société qui existe de facto dans presque toutes les entreprises du Japon- soit plus adaptée dans un milieu concurrentiel parce qu'elle est plus efficace et plus apte à s'imposer. Voilà une question qui, à mon avis, devrait intéresser les économistes et les juristes et les pousser à prendre parti. Tout au moins lorsque l'on considère son domaine scientifique comme un domaine de réflexions sur les règles en vigueur

Je désire interrompre ici mes exemples qui demeurent en dernier ressort des cas isolés. Je me dois de noter que l'un des plus célèbres professeurs de droit allemand de notre temps s'est livré, dès le milieu des années 50, à une analyse fonctionnelle d'une des normes centrales du droit civil, le paragraphe 242 (loyauté et bonne foi) (56) ; je veux parler ici de Franz Wieacker qui vit aujourd'hui à Göttingen. Il a souligné, s'appuyant sur les théories de Boehmer, que dès le prêteur romain le droit devait être rendu de la façon suivante : iuris civilis iuvandi, supplendi ou corrigendi gratia, le prêteur a donc un rôle à jouer : il doit soit réaliser les dispositions de la loi (règle de fonctionnalité) soit les compléter (règle d'optimisation) ou alors les corriger (règle de correction) (57).

Le souhait et la recherche d'une méthode fonctionnelle interdisciplinaire (synesthétique) de formation du droit regroupant tous les arguments même économiques se révèlent donc être en vérité un souhait ancien, oublié peut-être, dont la redécouverte prend grâce au niveau scientifique atteint de nos jours une importance que n'aurait pu atteindre la jurisprudence d'intérêt (58) ou la jurisprudence de valeur (59).

---

(55) Voir Ichiro Kawamoto, Neue Entwicklungen im Bereich des Gesellschaftsrecht in Japan, in : H. Ciong (Hrsg) Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990 ; Hiroyuki Itami, "Jin ponsyngikigyo (= La participation dans les entreprises japonaises, donc l'influence du personnel !) Tokio, 1987, pour plus de précision sur ce sujet ; Eiji Takahiashi, Die "doppelte Mauer" Japans gegen feindliche Übernahmen aus dem Ausland (Eine ök. Analyse der Hindernisse für einen freien Kapitalverkehr mit Japan) parution prochaine).

(56) Franz Wieacker, Ausgewählte Schriften, Bd. 2, de nouveau publié chez D. Simon, 1983, 195 sq, 205 sq.

(57) Wieacker, op. cit., p. 205.

(58) Fondamental l'ouvrage de Ph. Heck, Interessenjurisprudenz, conférence à l'Université de Francfort-sur-le Main le 15.12.1932, in : Recht und Staat, Heft 97, 1933.

(59) Pour plus de précision : K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5ème édition, p. 177 sq.

2 - LE RÔLE DE L'ENSEIGNEMENT

Je ne ferai ici qu'une courte présentation de quelques conséquences pratiques de la pensée en catégories fonctionnelles pour l'enseignement de l'économie et du droit. Dans le domaine des sciences économiques (60) on regrette de plus en plus que le droit et l'économie deviennent des matières totalement étrangères l'une à l'autre. Les normes juridiques sont ressenties comme greffées, comme des fondements imposés et immuables. On apprend par cœur les lois et on les applique ainsi réduites à leur plus simple expression aux décisions économiques. La force de légitimation du système juridique tout comme des décisions économiques en souffrent énormément. Si l'on se remémore les analyses antérieures, il apparaît d'évidence que la distance séparant les deux domaines ne peut tout au moins théoriquement leur être imputée. L'objet d'étude du droit et de l'économie est le même et il est comme je crois l'avoir suffisamment montré fonctionnellement interdépendant. Il est donc primordial que cette interdépendance devienne elle-même objet de la recherche. C'est possible si l'on se libère de la conception selon laquelle le système juridique organisant l'économie est préconçu et qu'il doive donc être accepter par l'économie comme s'il s'agissait d'une donnée naturelle. L'enseignement du droit lors des études en sciences économiques devrait être organisé d'une manière fonctionnelle synesthétique. On pourrait concrètement envisager quatre étapes :

1) Il faudrait tout d'abord définir le problème économique dont il s'agit (Poser le problème)

2) Il faudrait alors analyser les intérêts contradictoires des partis en présence et s'interroger sur les règles adéquates à la résolution du problème. (Analyse des intérêts en présence)

3) Puis il faudrait rechercher les règles dont dispose le droit et qui pourraient conduire à la résolution du problème. (Considération de la réalité juridique)

4) Dans une dernière étape il faudrait faire une analyse pour comparer la deuxième et la troisième étape.

Ces différentes étapes peuvent nous apporter les enseignements suivants :

a. Le problème économique (2ème étape) a été vu dans un sens trop large ou trop étroit.

b. Ou alors, le concept juridique se révèle trop large ou trop étroit.

c. Les deux concepts doivent être tous deux corrigés conjointement.

Ce modèle a déjà été utilisé avec de légères modifications dans l'enseignement du droit. Mais ce fut surtout le cas dans les cours magistraux et pas du tout pendant les travaux dirigés. Suivant une tradition que personne ne discute, les juristes allemands écrivent en effet au cours des travaux dirigés et à l'examen final des études de cas à partir de documents qui leur sont fournis. Cela signifie que l'enseignement du droit se limite à examiner le système juridique en place et à juger si un étudiant est capable d'ordonner et le cas échéant d'adapter un cas donné à ce système. Une méthode de travail fonctionnelle-interconceptuelle (synesthétique) n'est donc pas employée dans l'enseignement juridique, ce qui est encore plus frappant lors de l'examen final. L'analyse des intérêts fait défaut, tout comme la discussion sur les règles pour décider lesquelles seraient utiles ou simplement suffisantes. Les juristes n'apprennent ainsi jamais les fonctions de leur système de droit, ils n'apprennent jamais à différencier entre des systèmes de règles optimaux et sous-optimaux. Ils n'apprennent même pas les difficultés à formuler des règles utilisables et c'est ainsi que notre future génération de juristes se limite à une forme de pensée tendanciellement sta-

(60) Voir à ce propos Achtenhagen, Didaktik des Wirtschaftslehreunterrichts, 1984.

tique et organisée en des catégories de formules et de concepts : ils n'ont pas la possibilité d'apprendre de quelles fonctions fondamentales sont issus des concepts. On peut bien sûr relativiser ces propos si l'on songe à l'enseignement oral, aux stages pratiques et aux stages professionnels du "Referendariat" mais on ne peut nier que ce sont les résultats de l'examen écrit qui comptent en définitive le plus et qu'ils ont donc une influence décisive sur les stages et leur contenu. C'est pourquoi je pense qu'il faudrait également compléter le concept didactique de l'enseignement écrit du droit et j'ai du mal à comprendre pourquoi ce qui est bien pour les économistes ne le serait pas pour les juristes. Nos sujets d'examen s'en trouveraient alors radicalement transformés. On développerait (lère étape) d'abord la problématique, le conflit qui doit être résolu juridiquement (problématisation). Puis, on procéderait à l'analyse des intérêts des partis en présence et on développerait brièvement les règles qui conduiraient le plus sûrement à la résolution du conflit (analyse du conflit). Ce n'est que lors de la 3ème étape qu'interviendrait la résolution du cas au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire la subordination du cas au système de normes existant (résolution de cas traditionnelle). Dans une quatrième étape enfin, on comparerait la 2ème et la 3ème étape, ce qui permettrait de mettre de lumière s'il est utile ou non de corriger le système de règles existant conformément à la règle de correction (discussion fonctionnelle des normes).

Je suis persuadé qu'apprendre de cette façon, c'est-à-dire fonctionnellement, interconceptuellement, pourrait conduire à de grandes innovations dans les différents métiers exercés par les juristes et ce, non seulement pour chaque problème pris en particulier, mais pour la façon de penser en général. Les hommes et les femmes habitués à penser en catégories fonctionnelles, donc à toujours se demander si ce qu'ils font a un sens ou pourrait être amélioré, découvrent tout automatiquement de nouvelles qualités de la vie et produisent pour eux-mêmes et leurs contemporains un nouveau degré de liberté dont j'ai essayé de développer ici le concept théorique fondamental.

IV - CONCLUSION

1 - L'économie et le droit possèdent un objet de recherche commun ; ils sont liés synesthétiquement l'un à l'autre.

2 - L'économie et le droit ont en commun la fonction d'ériger des barrières que nous appelons communément règles ou réglementations. Les règles sont comparables aux plus petites particules de l'atome et de la molécule que nous connaissons : c'est une condition importante pour la formation de décisions de sélection indiscutables (Manfred Eigen). Cela signifie qu'elles sont une partie indispensable du concept d'évolution d'un système de pensées, tel que l'économie et le droit.

3 - Le droit et l'économie doivent, en tant qu'élément de la nature, fonctionner d'après les mêmes lois que la nature (atome, macromolécule). Les lois naturelles que les scientifiques reconnaissent comme leurs lois fondamentales, sont donc dans une certaine mesure les éléments fondamentaux de toute science humaine, donc du droit et de l'économie. Une pensée ne peut pas avoir une structure fondamentale différente de celle d'une molécule parce qu'elle ne serait alors pas compréhensible aux chaînes d'acides aminés regroupées dans notre ADN. Il en résulte que tout système de pensées, économie et droit compris, n'est compréhensible à notre ADN que parce que la structure fondamentale des pensées est analogue à la structure fondamentale de l'ADN.

4 - Les règles sont les fondements des processus sensés de développement ou pour employer la terminologie d'Heisenberg, ils sont les constantes des relations mouvantes qui ne sont, elles, pas constantes. Elles poussent à se stabiliser lors d'un conflit à un nouveau niveau ou à se désintégrer. Cette capacité fait des règles les éléments fondamentaux nécessaires à la formation de systèmes de prise de décision.

5 - Les systèmes de règles à caractère décisionnel doivent reposer sur des structures de décision en partie innées, car sans cela, une décision ne serait pas possible. Voici quelques exemples de structures pouvant être innées : les structures de la logique, des formes d'argumentation, des résultats potentiels et des relations de ces résultats, des lois du discours rationnel général et des arguments irrationnels.

6 - Dans la nature une définition précise des structures variables est qu'approximativement possible, il reste toujours des relations mal définies, mouvantes (Heisenberg) ; il faut les considérer comme des marges de manœuvre autorisant des changements, des corrections du système, en un mot une évolution. Si l'on applique cette théorie aux système de l'intelligence, on peut formuler ainsi une thèse pour la structure de la "vrai règle" : les règles du domaine variable, qui forcent à des comportements rigides, immuables sont tendanciellemment fausses. Moins une règle laisse de marge de manœuvre, plus la raison pratique la légitimant doit être forte (principe de flexibilité).

7 - Le rôle incombant aux systèmes ordonnés, si les théories présentées ici se révélaient être exactes, consiste à développer des règles qui aideraient grandement à réaliser des états d'équilibre dans le cerveau humain (principe de symétrie).

8 - Les systèmes de règles et de prise de décision comme le droit ou l'économie n'atteignent les buts présentés ici qu'après avoir rempli les quatre conditions fondamentales suivantes :

1. Condition de fonctionnalité
2. Condition d'optimisation
3. Condition d'incertitude
4. Condition de correction

On peut dire qu'il s'agit ici du "carré magique" des conditions de fonctionnalité des systèmes de prise de décision tel que le droit ou l'économie.

9 - La jurisprudence traditionnelle d'intérêts ou de valeur est remplacée par une méthode d'extension du droit fonctionnelle interconceptuelle (synesthétique), ce qui est depuis longtemps le cas dans la pratique.

10 - La didactique du droit doit être modifiée pour répondre aux exigences de la pensée en catégories de fonction. L'enseignement traditionnel reposant sur une analyse simplificatrice des cas devrait être remplacé par un enseignement fonctionnel interconceptuel. On pourrait imaginer quatre étapes : mise en problématique (1), analyse du conflit (des intérêts) (2), résolution traditionnelle du conflit (3), discussion de la fonction des normes (4), c'est-à-dire comparaison fonctionnelle entre la 2ème et la 3ème étape.

LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE EN ALLEMAGNE APRÈS L'UNIFICATION ALLEMANDE ET LE TRAITÉ DE MAASTRICHT

Par

Prof. Dr. Albrecht WEBER
Universität Osnabrück

A - INTRODUCTION

Le processus actuel de la modification de la constitution allemande est marqué par deux points essentiels ou éléments fondamentaux. Ces deux éléments sont d'une part la modification de la Loi Fondamentale après l'unification allemande selon le Traité d'Union entre la RFA et la RDA et d'autre part les changements imposés par le Traité de Maastricht du 7 février 1992. Ce Traité d'Union conclu le 31 août 1990 est entré en vigueur le 3 octobre 1990. Ce traité international affiche une valeur constitutionnelle interne. L'article 1 du traité constate que l'unification de l'Allemagne sera réalisée par l'application de l'ancien article 23 LF (1), qui lui avait prévu la possibilité d'une mise en vigueur de la LF pour les "autres territoires" de l'Allemagne (2). En son article 4 le même traité souligne la nécessité de la transformation de l'article 146 de la LF, qui dans sa version antérieure, rédigée en 1949 (3) se référait au plein pouvoir constituant allemand en statuant que la Loi Fondamentale sera caduque le jour de l'adoption d'une "autre" constitution par le peuple allemand - libre en sa décision.

Les négociations entre la RDA et la RFA ont abouti en plus à l'article 5 du traité d'union qui recommande aux organes législatifs de l'Allemagne unifiée de se saisir dans un délai de deux ans des questions relatives à une modification de la loi fondamentale ou au complément à lui donner et, en particulier, de la problématique

(1) Article 23 : [Champ d'application territoriale de la Loi fondamentale]
<1> La présente Loi fondamentale s'applique tout d'abord dans le territoire des Länder de Bade, Bavière, Brême, Grand-Berlin, Hambourg, Hesse, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Schleswig-Holstein, Wurtemberg-Bade et Wurtemberg-Hohenzollern.
<2> Pour les autres parties de l'Allemagne, elle devra y être mise en vigueur après leur adhésion.
(2) Article 4, N° 6 Traité d'Union.
(3) La présente Loi fondamentale devient caduque le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision. Traduction par O. Pfersmann, RFDC 8 (1991) 597 : [Durée de validité de la Loi fondamentale].

de l'application de l'article 146 LF ainsi qu'au recours au référendum. La nouvelle version de l'article 146 a été rédigée de la façon suivante :

"La présente loi fondamentale, qui, l'unité et la liberté de l'Allemagne ayant été parachevées, vaut pour le peuple allemand tout entier, perd sa validité le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décisions" (4).

La version "polyvalente" de cet article est due à l'exigence d'une majorité de 2/3 pour la ratification du Traité d'Union, comme traité modifiant la constitution. En fait, l'opposition sociodémocrate, dont la coopération était exigée, a actuellement lancé le débat sur une révision totale de la constitution.

Ainsi l'article 146 se prête à des interprétations multiples et divergentes. On pourrait distinguer trois lectures principales de cet article de révision (5).

1) Selon une doctrine, la norme du nouvel article 146 serait inconstitutionnelle parce que la nouvelle version restitue le pouvoir constituant originaire par la voie d'un acte du pouvoir constitué puisque par l'utilisation de l'article 23 - c'est-à-dire de l'adhésion des nouveaux Länder au territoire ouest-allemand - le pouvoir constituant a été "consommé".

Selon cette lecture l'article 146 devient du "droit constitutionnel anticonstitutionnel" ("verfassungswidrige Verfassungsnorm") (6).

2) Selon une doctrine contraire, l'article 146 LF serait constitutionnel parce qu'il laisse libre la volonté du pouvoir constituant de modifier ou réviser totalement la constitution (7).

3) Une troisième position, à laquelle se rallient plusieurs autres opinions de ce genre affirme la constitutionnalité de la nouvelle version de l'article 146 dans les limites de l'article 79 al. 3 LF (8), c'est-à-dire les limites imposées au pouvoir constitué en ce qui concerne l'intangibilité des structures fondamentales comme les principes directeurs de la démocratie, de l'État de droit, de l'État social, du fédéralisme et la sauvegarde des droits fondamentaux dans leur contenu essentiel (9).

Malheureusement la discussion s'alimente encore d'imperfection dans la nouvelle version de l'article 146 LF d'une règle de procédure expresse pour la modification constitutionnelle. Donc, il serait utile de savoir si - selon les diverses doctrines susmentionnées - ces règles de révision constitutionnelle selon l'article 79 al. 2 LF soient applicables ou non. Selon les règles procédurales de révision constitutionnelle, une majorité de deux tiers dans les deux chambres est exigée pour une modification de la Loi Fondamentale, sans pour autant pouvoir toucher au "noyau dur" de la constitution (l'article 79 al. 3 LF). En outre, la nouvelle version

(4) Traduction par Ch. Autexier, études et documents du c.e.j.f., Grundgesetz / loi fondamentale, 2. Aufl. 1990.
(5) Martin Kriele, Art. 146 GG : Brücke zu einer neuen Verfassung, ZRP 1991, 1 ff.
(6) Richard Bartlsperger, Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, DVBl 1990, 1285, (1298) ; Gerd Roelleke, Brauchen wir ein neues Grundgesetz ?, NJW 1991, 2441-2448.
(7) Michael Sachs, Das Grundgesetz im vereinten Deutschland - endgültige Verfassung oder dauerhaftes Provisorium, JuS 1991, S. 985-991.
(8) Article 79 al 3 : [Révision de la Loi fondamentale]
"<3> Toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite".
(9) Thomas Würtenberger, L'article 146 nouvelle version de la Loi fondamentale : continuité ou discontinuité du droit constitutionnel ? RFDC 1991, 597.

de l'article 146 laisse la question ouverte concernant le mode d'expression du consentement populaire vis-à-vis le résultat de la révision constitutionnelle. De mon côté, il me semble que la référence de l'article 146 LF au pouvoir constituant est purement déclaratoire : C'est qu'en réalité le pouvoir constituant originaire ne pourra jamais être effacé, ni par un traité bilatéral, ni par une disposition constitutionnelle même. La Commission Constitutionnelle semble avoir opté en fait pour l'application de l'article 79 al. 2 LF. Ce choix des limites élémentaires ainsi que la déduction logique d'une application des règles ordinaires constitutionnelles, indiquent bien une tendance ou orientation vers une révision partielle. En pratique, la discussion est tenue d'une manière assez pragmatique, comme c'est souvent le cas dans le monde politique. Selon la plupart des auteurs la Loi Fondamentale ne doit pas être légitimée à postérieur car 44 ans après son entrée en vigueur elle a entre-temps été effective et constamment approuvée par la voie des élections. En plus, dans la situation d'une révision partielle un référendum d'un résultat négatif laisserait la Constitution existante intact. L'interprétation conforme à la constitution du nouvel article 146 exclut la voie d'une révision totale en empêchant alors le hiatus constitutionnel. Une bonne partie de l'opinion doctrinale s'est exprimée pour une révision partielle. Selon cette doctrine (10), il n'est pas utile de poursuivre le chemin d'une révision totale, mais d'agir dans le cadre du processus d'une révision partielle de la constitution allemande.

B - QUELS SONT LES OBJETS ESSENTIELS D'UNE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE ?

"Les gouvernements des deux parties contractantes recommandent aux Corps Législatifs de l'Allemagne Unie de se saisir dans les deux années des questions soulevées à l'occasion de l'unité allemande que la loi fondamentale soit modifiée ou complétée, notamment des questions

- portant sur les rapports entre la fédération et les Länder, conformément à la décision commune des ministres présidents, du 5 juillet 1990
- portant sur la possibilité d'une restructuration de l'espace Berlin/Brandenburg par accord des Länder participants, par dérogation aux dispositions de l'article 29 de la loi fondamentale,
- liées aux réflexions sur l'introduction dans la loi fondamentale de dispositions relatives aux finalités de l'État ainsi qu'
- aux questions portant sur l'usage de l'article 146 de la loi fondamentale et le recours au référendum dans ce cadre" (11).

Malgré ce mandat la discussion sur la révision constitutionnelle s'est élargie par deux événements d'actualité : la réforme ou la révision constitutionnelle en rapport avec les accords de Maastricht et ensuite - partiellement lié à ces derniers - la modification de l'article 16 al. 2, 2ème phr. LF, le droit d'asile. Je vais séparer ces deux questions et les traiter aux chapitres suivants :

- la modification constitutionnelle dans le domaine des droits fondamentaux et l'élargissement des dispositions sur les finalités de l'État (Staatszielbestimmungen) (C)
- l'élargissement de l'élément plébiscitaire au niveau fédéral (D)

---

(10) Martin Kriele, Art. 146 GG : Brücke zu einer neuen Verfassung, ZRP 1991, S. 1-5 ; Walter Schmitt-Glaeser, Die Stellung der Bundesländer bei einer Vereinigung Deutschlands, 1990, S. 42 ; Hans-Peter Schneider, Die bundesstaatliche Ordnung im vereinten Deutschland, NJW 1991, 2448-2455 ; Fritz Ossenbühl, Probleme der Verfassungsreform der BRD DVBl 1992, 468, 472.

(11) Einigungsvertrag du 31 août 1990, BGBl II, 1990, p. 889 ; des extraits ont été publiés en : RFDC 1991, p. 71-80 (traduction de Christian Autexier).

- la modification constitutionnelle en matière du fédéralisme (E)
- la modification constitutionnelle au domaine supranational et international, surtout après les accords de Maastricht (F).

C - LA MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE EN MATIÈRE DES "STAATSZIELBESTIMMUNGEN", DES TÂCHES DE L'ÉTAT ET DES DROITS SOCIAUX ET ÉCONOMIQUES

La discussion actuelle sur l'élargissement ou l'intégration des nouvelles dispositions sur les finalités ou des "tâches de l'État" ou des "droits sociaux" a été principalement, mais pas exclusivement entamé par l'opposition politique, c'est-à-dire les sociaux-démocrates et Bündnis 90/Grüne.

On entend par "tâches de l'État", les dispositions de la constitution ayant force obligatoire et statuant que les organes de l'État accomplissent certaines tâches ou poursuivent certains objectifs. Ils indiquent une directive pour le fonctionnement de l'État soit concernant l'interprétation des lois (par l'exécutif et le judiciaire), soit en domaine d'établissement de dispositions juridiques. En général, une "tâche de l'État" s'adresse au législateur. Mais elle garde également sa valeur directive pour l'exécutif et le judiciaire (12). Il semble impossible de saisir totalement l'étendue et le caractère juridique ou constitutionnel des "Staatszielbestimmungen" d'une part et des droits sociaux d'autre part. La discussion actuelle menée d'ailleurs depuis longtemps en RFA, souffre toujours de la distinction peu claire entre "Staatszielbestimmungen/Staatsaufgaben/soziale und wirtschaftliche Grundrechte", c'est-à-dire entre les dispositions concernant les tâches finales de l'État, les tâches concrètes de l'État et les droits économiques et sociaux (13). En plus les difficultés de traduction du terme allemand "Staatszielbestimmungen" qui a été traduit p. ex. par "tâches de l'État" ou "dispositions finales" (14) illustre bien les embarras de cette terminologie germanique. Le terme "Staatszielbestimmungen" est lu d'une manière très étendue et englobe alors des tâches concrètes de l'État ou même des droits sociaux. Si l'on comprend par "Staatszielbestimmungen" les tâches concrètes ou les programmes législatifs, comme p. ex. l'aménagement du logement, stabilité des prix, croissance de l'économie etc., il s'agirait plutôt des tâches du législateur même si celles-ci sont "constitutionnalisées", ou prennent la forme de droits sociaux. Les "Staatszielbestimmungen" dans cette interprétation sont donc des "directives" ou "guidelines" adressés au législateur. Il serait peut-être plus utile et correct de comprendre les "dispositions sur les finalités" (Staatszielbestimmungen) comme tâches immanentes ou "méta-étatiques", comme bases essentielles de l'État, p. ex. la sauvegarde et le maintien de la paix extérieure et intérieure, la sauvegarde de l'environnement, l'État comme État culturel (Kulturstaat). Mais on pourrait également associer à la sauvegarde des libertés individuelles ou aux droits de l'homme (surtout la liberté individuelle et la dignité de l'homme) la notion de "Staatszielbestimmungen" comment viser les droits fondamentaux comme objectifs étatiques finaux alors qu'ils sont menacés d'une manière immanente par tout pouvoir. Il est alors logique que le principe de droit de l'État social, qui a été intégré dans l'article 20 al. 1 LF (15), est interprété par la doctrine dominante comme un "principe directeur de la constitution" ("Staatsstrukturbestimmung") et pourrait aussi

(12) vgl. Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht 1983 ; Fritz Ossenbühl, (FN 10), S. 475 ; Wolfgang Graf Vitzthum, À la recherche d'une identité socio-économique ? RFDC 1991, S. 660.
(13) Karl-Peter Sommermann, Staatsziel "Umweltschutz" mit Gesetzesvorbehalt, DVBl 1991, S. 34-36.
(14) Vitzthum, (FN 12), S. 659, 660.
(15) Article 20 al. 1 LF. [Fondements de l'ordre étatique, droit de résistance]
"<1> La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social".

être considéré aussi comme une "tâche de l'État" garantissant un minimum de justice social en sens de "justice distributive". Et si on continuait dans cette orientation les droits sociaux ou économiques comme p. ex. le droit au travail, le droit au logement, le droit à la sécurité sociale etc. seraient des manifestations ou réflexes du principe de l'État social, mais ne constituent pas des *droits subjectifs* du style des droits fondamentaux classiques. Dans les systèmes occidentaux l'État ne dispose pas de moyens pour créer en quantité suffisante des emplois ou des logements. Il a nullement le droit d'imposer leur création aux personnes privées. On pourrait donc considérer les droits sociaux comme des programmes d'action imposés à l'État. Ceci n'a pas toujours été très clair lors de la discussion des assemblées constituantes ainsi en Italie où dans la constitution de 1946 les droits classiques se mêlent avec les droits sociaux et économiques ; par contre dans la constitution espagnole de 1978 les distinctions et la différenciation sont beaucoup plus claires et avancées. Dans l'évolution du constitutionnalisme occidental on peut constater avec le Prof. Häberle la réception et la reproduction par ses textes constitutionnels vers un "*ius constitutionale europeum*" (16), l'enrichissement des nouvelles constitutions par une évolution sémantique graduelle, par la "Textstufenentwicklung", et surtout par l'incorporation de la doctrine et de la jurisprudence constitutionnelle. Cette constatation ne veut pas dire que toute distinction des droits fondamentaux soit convaincante : p. ex. le droit de la propriété ancré dans la Constitution Espagnole actuelle se trouve sur le même niveau de protection juridictionnelle que les droits sociaux et économiques, ce qui démontre une évolution vers la limitation du contenu de la propriété. Il est vrai que la notion et le contenu des droits sociaux se rapprochent de la nature des "tâches de l'État" entendues comme mandat donné au législateur. Ces droits sont plutôt des "garanties constitutionnelles" ou "institutionnelles" de portée objective : c'est-à-dire une garantie, une sauvegarde et une promotion d'une institution. Ceci ne contredit d'ailleurs pas la double nature des droits fondamentaux comme droits subjectifs et garanties objectives, voir institutionnelles. Les deux aspects ne sont en fait que deux côtés d'une même médaille et se réconfortent vice versa. Par contre le contenu objectif ou institutionnel des droits sociaux est primordial alors que leur aspect subjectif perd de portée.

Dans la discussion actuelle sur la modification constitutionnelle en matière des "Staatszielbestimmungen" il paraît que seule l'incorporation d'une norme obligeant l'État à sauvegarder un environnement sain ait une chance d'être approuvée. Il s'agit ici vraiment d'une tâche immanente ou "méta-étatique" de l'État parce que l'État ne pourrait plus autrement garantir la survie de la société.

L'incorporation des droits sociaux semble moins vraisemblable du fait que les grandes parties ne sont toujours pas parvenues à se mettre d'accord. Il faudrait peut-être mentionner que quelques constitutions des Länder contiennent des clauses de tâches de l'État. C'est le cas en ce qui concerne la sauvegarde du milieu naturel ; p. ex. c'est le cas du Bade-Württemberg, de la Bavière, de la Rhénanie du Nord Westphalie et même des quelques nouveaux Länder. Ainsi la constitution brandenbourgeoise (17) ouvre une boîte de pandora de promesses écologiques inconnues jusqu'à présent dans les autres constitutions des Länder. Ce projet exige la renonciation du Land à la construction de centrales nucléaires, la suppression de dépôts atomiques, biologiques ou chimiques sur son territoire (alors que les länder ne disposent pas de cette compétence selon la LF). On veut même garantir l'utilisation et l'accès des individus aux beautés de la nature, l'établissement de réserves naturelles etc. En réalité c'est seulement le droit à l'information sur l'État de l'environnement

(16) Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261-274.
(17) Constitution du Land Brandenbourg du 20.08.1992, GVBl. I, S. 298.

dans le projet qui constitue un vrai droit fondamental limité (18). Il y avait des similarités dans d'autres textes de projets, mais les constitutions finalement adoptées en Saxe et Saxe-Anhalt étaient moins audacieuses (19). Il reste pourtant à considérer que dans le processus de la révision des anciennes constitutions des Länder de la RDA, qui avaient été supprimées pendant le régime du SED, les dispositions de garanties des droits sociaux sont nettement plus présentes que dans les vieux Länder ; même les propositions de réforme constitutionnelle en Basse-Saxe reflètent cette préoccupation (20). Il faut noter que l'incorporation des droits sociaux puisse, en principe, surcharger l'effectivité de la constitution et surtout des droits fondamentaux. Elle risque d'affaiblir leur nature juridique comme justiciable et s'approche à une utopie qui ne pourrait décevoir finalement les citoyens (21). Cela ne veut pourtant pas dire que l'incorporation de ces droits comme institutions ou garanties soit totalement superflue car elle donne des directives au législateur ; dans le cas des droits sociaux elle fixe même une directive d'interprétation pour l'exécutif et le pouvoir judiciaire. Pour la construction d'une véritable théorie des droits sociaux, une clarification terminologique et des développements quant à leur contenu juridique par rapport aux libertés classiques d'une part et aux tâches de l'État d'autre part reste à élaborer.

D - LE RENFORCEMENT DE L'ÉLÉMENT PLÉBISCITAIRE AU NIVEAU FÉDÉRAL ET AU NIVEAU DES LÄNDER

On trouve également dans les constitutions des Länder une série d'instruments comme l'initiative populaire, le plébiscite ou le référendum (22). Cependant, au niveau de la fédération aucun élément plébiscitaire n'est prévu, sauf pour les cas de la restructuration territoriale de la fédération selon l'article 29 LF et du mandat donné par le Traité d'union quant à la restructuration de Brandenburg et de Berlin. Je ne peux pas m'associer complètement aux critiques qui s'opposent à une incorporation nuancée et subtile des éléments plébiscitaires. Il est vrai que l'axiome démocratique en Allemagne comme dans la plupart des démocraties de l'ouest repose sur le principe de la représentativité développée pendant des siècles en Europe et aux États-Unis ; mais ceci n'exclue pas totalement l'incorporation d'éléments plébiscitaires comme un correctif potentiel du principe représentatif. Certes il faut bien se méfier d'un abus du droit plébiscitaire. Le principe plébiscitaire est trop difficile à appliquer p. ex. aux questions complexes comme celles des centrales nucléaires ou des traités internationaux ou supranationaux. En outre dans la plupart des Länder il y a des domaines où les référendums sont exclus ; p. ex. les matières des lois fiscales, des lois des budgets ou des traités internationaux (23). Bien sûr, les modalités du principe plébiscitaire et les possibilités de son élargissement sont donc limitées par le principe de la représentation parlementaire et le contrôle constitutionnel à posteriori. Mais, encore une fois, ces principes ne s'excluent pas ; ils visent à l'harmonisation et sont des correctifs afin de mieux atteindre un ordre stable et juste.

---

(18) Vitzthum, (FN 12), S.664.
(19) Constitution du Land Saxe-Anhalt du 16.07.1992 et du Saxe du 27.05.1992, Sächs. GVBl., S. 243..
(20) Constitution du Basse-Saxe du 13.05.1993, Nds. GVBl 1993, S. 107.
(21) Vitzthum, (FN 12), S. 665.
(22) Albrecht Weber, Francis Delpérée, Référendums Journées Jean Dabin, S. 325-355 ; ders., Direkte Demokratie im Landesverfassungsrecht, DöV 1985, S. 178-185 ; v. Arnim, Staatslehre der BRD, S. 512 ff. ; Häberle, Diskussionsbeitrag zum Thema : Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 156 f.
(23) Schlußbericht Enquête-Kommission Verfassungsreform, BT-Drucksache 7/59 24, S. 13 ff.

E - LA RESTRUCTURATION DU FÉDÉRALISME

Alors que l'article 5 du Traité d'union ne prévoit qu'une restructuration pour l'espace Berlin/Brandenburg, les projets des sociaux-démocrates revendiquent une révision territoriale plus complète. Durant l'histoire de la RFA et jusqu'à présent, toute restructuration spatiale sauf dans le cas de Bade et Württemberg a échoué à cause des problèmes bien complexes. Les actuelles entités territoriales des Länder à l'exception de la Bavière, ne constituent pas des entités historiques, mais leur courte tradition s'est consolidée au cours du processus politique et forment des parties intégrantes de la République Fédérale.

Sans approfondir ici ce problème épineux et complexe (24), il faut noter, et ceci malgré les différentes positions de vue entre le Bund, la RDA et les vieux Länder de la RFA, que le champ d'application de la "constitution financière" (*Finanzverfassung*) (section X de la LF) a été étendu en principe aux nouveaux Länder, à moins que le Traité d'Union ne dispose autrement (Art. 3 ; 7 al 1 du Traité). Ceci implique d'une part que l'autonomie et l'indépendance du budget des nouveaux Länder sont garanties de la même façon que dans les vieux Länder. D'autre part la répartition verticale des impôts entre le Bund et les Länder suit les règles prescrites par l'art. 106 al 1-3 LF ; les recettes dues aux impôts sont énumérées dans l'art. 106 al 1 (Bund), 106 al 2 (Länder) tandis que les dits impôts "mixtes" ou "communs" (Gemeinschaftssteuern), c'est-à-dire l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et la taxe à valeur ajoutée (TVA) sont partagés entre le Bund et les Länder. Les recettes venant de l'impôt le plus important, la TVA, sont distribués entre le Bund et les Länder selon une clef fixée par une loi fédérale annuelle (Art. 107 al 3, s 3 ; al 4 LF). Selon l'article 7 al 3 du Traité d'Union il n'y a plus la répartition et compensation financière horizontale globale (*gesamtdeutscher Länderfinanzausgleich*) entre les Länder, mais une répartition partielle entre les anciens Länder de l'ouest entre eux d'une part et les nouveaux Länder de l'est entre eux d'autre part. Le pourcentage des recettes venant de la TVA s'élève de 55 % (1991) au 70 % (1994) du montant par tête des vieux Bundesländer. Cette règle représente un compromis entre les nouveaux et les vieux Länder (25) qui voulaient eux d'abord limiter la compensation au "Fonds de l'Unité Allemande" (*Fonds Deutsche Einheit*) institué par le "Traité relatif à la constitution d'une union monétaire, économique et sociale" (18 mai 1990) (26). Une clause de révision permet une modification éventuelle à partir de 1993, dont les critères restent controversés entre le Bund et les Länder (27). Parmi les autres dispositions il faudrait peut-être souligner la confirmation des "Tâches communes" (*Gemeinschaftsaufgaben*), une compétence mixte du financement entre le Bund et les Länder et la grande exception constitutionnelle de l'indépendance du Bund et des Länder concernant le financement de leurs tâches selon les art. 91 a, 91 b, 104 al 3, 4 LF, et qui est applicable aux nouveaux Länder (art. 7 al 4 Traité d'Union). Les moyens ou prestations du Fonds "L'Unité Allemande" sont repartis entre le Bund (qui reçoit 15 % pour l'accomplissement des tâches principales sur le territoire de la RDA) et les nouveaux Länder recevant 85 % des moyens et partagés entre eux selon le chiffre de leurs habitants (art. 7 al 5 Traité d'Union).

D'après le débat mené entre les principaux dirigeants politiques du Bund et des Länder il semble que ce compromis constitutionnel trouvé par les acteurs princi-

(24) Jürgen Fiedler, Die Regelungen der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen, DVBl 1990, 1263 ff.
(25) Schmidt-Bleibtreu, Stern/Schmidt-Bleibtreu, Einigungsvertrag, 1990, Einführung S. 65.
(26) Christian Autexier, Mille neuf cent quatre-vingt-dix : la réunification de l'Allemagne sous la Loi fondamentale, RFDC 8 (1991), p. 591 ss.
(27) Schmidt-Bleibtreu, (FN 25), S. 66.

paux ne satisfait pas aux exigences essentielles des nouveaux Länder est sera donc bientôt renégocié. Une clause générale de révision (l'art 106 al 7 Traité d'Union) permet d'ailleurs la rectification du compromis selon "une modification fondamentale des circonstances" (clausula rebus sic stantibus). D'ailleurs l'Association des Constitutionnalistes Allemands (*Deutsche Staatsrechtslehrervereinigung*) a traité ce problème aussi complexe qu'important pour l'unification allemande dans son prochain colloque en octobre 1992 (28).

La problématique de la réforme du fédéralisme se pose aussi dans le domaine de la répartition des compétences. Il est bien établi que la perte de compétences des Länder est due au fait que d'une part un transfert de compétences a été facilité par la clause de compétences concurrentes (art. 72 al. 2 LF) (29) et d'autre part par le transfert de compétences des Länder aux CEE sans nécessiter le consentement des Länder. Il serait donc utile de réfléchir sur une nouvelle rédaction de la clause de compétence concurrente pour mieux contrôler son application par le Bund. On pourrait même penser à une clause de "subsidiarité" comme on l'a incorporée dans le nouveau traité de Maastricht (art. 3 b) ; mais le principe de subsidiarité, règle immanente d'une constitution fédérale ne semble pas être si claire et justiciable, il ne faudrait pas trop espérer (30).

F - LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE EN MATIÈRE DE TRANSFERT DES COMPÉTENCES APRÈS "MAASTRICHT"

Tout en admettant la conformité de la plupart des dispositions du Traité avec les principes fondamentaux du droit constitutionnel le Conseil Constitutionnel français dans sa décision du 9 avril 1992 (31) a souligné la nécessité d'une révision constitutionnelle en trois points : premièrement le droit de vote et l'éligibilité des citoyens de l'union européenne aux élections municipales, deuxièmement l'instauration à terme d'une politique monétaire et d'une politique de change unique et troisièmement la fixation à partir de 1996 par majorité qualifiée des mesures relatives aux visas exigés des ressortissants des pays tiers.

Du point de vue du droit constitutionnel allemand les doutes constitutionnelles se fondent partiellement sur les mêmes points, c'est-à-dire le droit de vote communal, la modification de la base constitutionnelle de l'organisation de la banque centrale (l'article 88 LF) (32) ainsi que la modification éventuelle de notre droit d'asile (l'article 16 LF) (33). Mais l'obstacle majeure à la ratification allemande du traité reste sans doute la question de savoir si notre base constitutionnelle, c'est-à-dire l'article 24 (34) réglant le transfert de "droits de souverainetés" (*Hoheitsrechte*) à

(28) Voir le résumé Peter Selmer, Les rapports de l'Association des Constitutionalistes Allemands, Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, DVBl 1992, 1519 ff..
(29) Article 72 al. 2 LF., [Compétence législative concurrente de la Fédération, définition]
"<2> Dans ce domaine, la Fédération a le droit de légiférer s'il existe un besoin de réglementation législative fédérale parce que
(1) une question ne peut pas être réglée efficacement par la législation de différents Länder, ou que
(2) la réglementation d'une question par une loi de Land pourrait affecter les intérêts d'autres Länder ou de l'ensemble, ou que
(3) la sauvegarde de l'unité juridique ou économique l'exige, et notamment la sauvegarde de l'homogénéité des conditions de vie au-delà du territoire d'un Land".
(30) Schneider, (FN 10), S. 2448 ff ; Fritz Ossenbühl, Föderalismus und Regionalismus Europa, 1990.
(31) Décision du Conseil Constitutionnel français du 9 avril 1992.
(32) Article 88 LF : [Banque fédérale]
"La Fédération crée une banque d'émission en tant que banque fédérale".
(33) Article 16 LF : [Nationalité, extradition, droit d'asile]
(2) <2> Les persécutés politique jouissent du droit d'asile.
(34) Article 24 LF : [Institutions internationales]
(1) La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales.

une organisation interétatique ou supranationale (*zwischenstaatliche Einrichtung*) est bien suffisante pour justifier un transfert de "droits souveraineté" ou de compétences (35).

I) Le vote communal des étrangers et l'article 28 LF (36)

L'article 8 B du Traité de Maastricht statue que "tout citoyen de l'union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État et avec d'autres modalités qui peuvent être arrêtées par le Conseil avant le 31 décembre 1994 sur la proposition de la commission et après consultation du Parlement Européen". En France, comme le Conseil Constitutionnel a statué dans sa décision du 11 avril (37) le droit de vote communal est contraire aux articles 3 et 24 de la constitution concernant la composition du sénat. Dans le même esprit la C.C.F. dans sa décision du 31 octobre 1990 (38) avait déjà clairement statué sur deux contrôles abstraits de lois des deux Länder Hamburg et Schleswig-Holstein accordant chacune le droit de vote aux étrangers pour les élections municipales ; ces lois étaient jugées comme inconstitutionnelles. Sans expliquer les détails de cette décision (39) la C.C.F. a principalement fondé ses délibérations sur la même argumentation comme le Conseil Constitutionnel : Elle n'interprète pas seulement l'article 20 al. 2 LF statuant "tout pouvoir d'État émane du peuple" comme l'expression de la souveraineté du peuple mais se réfère à la notion du "peuple d'État" (Staatsvolk) qui lui est le titulaire et le sujet du pouvoir de l'État. La légitimité démocratique du pouvoir étatique est donc étroitement liée au peuple national et se définit en principe par la nationalité. La Cour Constitutionnelle a rejeté la thèse maintes fois développée selon laquelle il y aurait un lien indissoluble entre le fait d'être titulaire des droits politiques et démocratiques et celui d'être soumis en permanence au pouvoir étatique. La Constitution bloque donc la possibilité d'extension des détenteurs de la légitimité sans exclure la possibilité de faciliter aux étrangers l'accès à la nationalité allemande. Le lien constitutionnel entre l'article 20 LF et les dispositions des lois électorales des Länder est assuré par l'article 28 LF qui garantit l'homogénéité des principes directeurs de la constitution en s'appliquant aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau des Länder : ce sont avant tout le principe démocratique et le principe du système électoral. Le fondement juridique de la décision de la C.C.F. est presque aussi bref et clair que celui du Conseil

(2) Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde.
(3) En vue de permettre le règlement de différends entre États, la Fédération adhèrera à des conventions établissant une juridiction internationale ayant une compétence générale universelle et obligatoire.
(35) Andreas Kees, Die Verhandlungen zur Wirtschafts und Währungsunion in Gramlich/Weber/Zehetner, Auf dem Wege zur Europäischen Währungsunion, 1992, S. 19-36.
(36) Article 28 al. 1 LF. : [Garantie fédérale relative aux constitutions des Länder, autonomie communale]
<1> L'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale.
<2> Dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret.
<3> Dans les communes, l'assemblée des citoyens de la commune peut tenir lieu de corps élu.
(37) Décision du Conseil Constitutionnel français du 11 avril 1992.
(38) Urteile des BVerfG du 31 octobre 1990, BVerfGE 83,37 ff ; 83,60 ff.
(39) Albrecht Weber, Jurisprudence constitutionnelle étrangère, Allemagne : Le droit de vote communal des étrangers (arrêts de la Cour constitutionnelle fédéral du 31 octobre 1990) RFDC 7, 1991, S. 553 ff.

Constitutionnel. Alors qu'il existe une jurisprudence nette sur les droits de vote et d'éligibilité aux élections municipales en RFA, ce n'est pas le cas pour la reconnaissance des droits de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement Européen. Dans une décision de 1979 la Cour a seulement statué sur la conformité de la dite "clause de 5 %" (Sperrklausel)et qui reste valide sous l'aspect de l'égalité du droit de vote (40). Il semble que l'argumentation du Conseil Constitutionnel pourrait être reprise pour fixer la situation allemande tenu compte que l'article 20 précité de la Loi Fondamentale se limite à faire référence à l'émanation de la volonté du peuple et à la participation des citoyens nationaux à l'État allemand. Le fondement additionnel du Conseil Constitutionnel dans sa décision n'est par contre pas sans ambiguïtés et serait moins transposable en RFA : le Conseil considère que le traité n'ait pas pour conséquence de modifier la nature juridique du Parlement Européen en une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale avec la vocation à concourir l'exercice de la souveraineté nationale ainsi que le parlement européen appartenait alors à un ordre juridique propre. Cet argument pourrait en effet bien empêcher l'extension des pouvoirs du Parlement Européen et la démocratisation des pouvoirs des Communautés.

II) La modification éventuelle de l'article 16 (droit d'asile) (41)

Le traité de Maastricht prévoit dans ses articles 100 c du Conseil des Ministres des Communautés de statuer à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement Européen, pour déterminer les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres ; le paragraphe 2 de l'article 100 c stipule que dans le cas où il advient une situation d'urgence dans un pays tiers confrontant la Communauté à la menace d'un afflux soudain de ressortissants de ce pays, le Conseil peut, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, rendre obligatoire l'obtention d'un visa par les ressortissants du pays en question. Et finalement le paragraphe 3 habilite le Conseil à partir du 1er janvier 1996 de prendre des décisions à la majorité qualifiée pour arrêter des mesures relatives à l'institution du type de visa. Alors que le Conseil Constitutionnel a statué sur la non-conformité de ce paragraphe 3 de l'article 100 c concernant l'abandon de la règle de l'unanimité à partir de 1996, le problème constitutionnel allemand est différent. L'article 100 c n'implique pas un transfert substantiel de compétences ou de droits de souveraineté touchant aux bases essentielles de la constitution : la démocratie, l'État de droit, l'État social ou l'État fédéral, mais transfère seulement les compétences du Bund (art. 71 LF) (42). Le seul doute reste au niveau du droit d'asile qui comme droit subjectif (l'article 16 LF) pourrait être touché indirectement par une réglementation communautaire des visas. En général on admet qu'une réglementation communautaire ne vise pas directement à la modification essentielle du droit subjectif mais il n'est pas totalement à exclure qu'une réglementation communautaire sur l'issue des visas pourrait empêcher un exercice effectif du droit subjectif d'asile (p. ex. le refus d'un visa par les ambassades de la RFA). La question pressante du futur reste plutôt l'harmonisation éventuelle de la politique de l'immigration et de l'asile. La rédaction des accords de Maastricht prévoit d'abord une

(40) Urteil des BVerfG vom 22.05.1979, BVerfGE 51, 222 ff (Sperrklausel).
(41) Kay Hailbronner, Wenn immer mehr kommen, Fragen einer europäischen Harmonisierung des Asylrechts, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.04.1992.
(42) Article 71 LF. : [Compétence législative exclusive de la Fédération, définition]
Dans le domaine de la compétence législative exclusive de la Fédération, les Länder n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi.

coopération et coordination de la politique de droit d'asile et d'immigration qui se réalisera par des accords interétatiques comme ceux de Schengen I et II et Dublin (43). Mais en plus les articles 100 c CEE et K.9. Traité d'Union contiennent la possibilité d'une "communautarisation" de la politique d'immigration et d'asile selon le mode de règlement commun du droit des visas. Nonobstant l'implication européenne de cette question la modification de l'article 16 LF s'impose vu l'afflux croissant des réfugiés vers l'Allemagne. Les partis politiques s'approchent d'une solution de ce problème existentiel en recherchant la majorité de révision constitutionnelle.

III) L'union monétaire et économique (l'art. 88 et 24 LF)

Selon le nouvel article 3 a CE le traité tel qu'il a été formulé à Maastricht le traité vise à une politique économique basée sur une coordination étroite des politiques économiques des États membres et une union monétaire qui va aboutir à une fixation irrévocable des taux de change (Écu). La troisième phase de l'Union Economique et Monétaire entrera en vigueur au plus tard le 1er janvier 1999. Il en résulte que la politique monétaire définie dans les articles 105 ss CEE est caractérisée par l'instauration d'un Système Européen des Banques Centrales doté de compétences essentielles pour garantir la stabilité des prix, le monopole d'émission de notes et de la monnaie ; il en suit que les tâches principales jusqu'à présent réservées aux États membres diminuent et sont transférées au Système Européen des Banques Centrales. Ceci pose la question d'une modification constitutionnelle (art. 88 LF). Cet article stipule la création d'une banque d'émission en tant que banque centrale fédérale. Cette rédaction n'implique pas, l'opinion dominante des constitutionnalistes le démontre, la garantie de l'indépendance de la banque centrale allemande mais assure son installation et son organisation avec des compétences essentielles de politique monétaire (44). Donc le transfert des compétences de la banque centrale allemande, qui a servi comme un modèle pour la Banque Centrale Européenne doit être constitutionnellement adapté par un mandat explicite pour un tel transfert.

IV) Le Transfert des Droits de Souveraineté après Maastricht et la légitimation de l'art. 24 LF

Mais la discussion ne s'arrête pas là. L'instauration d'une politique économique et monétaire touche à une face essentielle de la souveraineté nationale, c'est-à-dire la gestion de la politique monétaire et économique. Donc il est bien évident que, si la souveraineté monétaire est transférée à une entité supranationale, l'énoncé de l'article 24 de la constitution qui prévoit le transfert de compétences ou de droits de souveraineté à une institution interétatique ou supranationale ne suffit point. Cet aspect doit être analysé dans l'ensemble des transferts de compétences prévues par les accords de Maastricht. Il s'agit en outre de la gestion de la Politique Extérieure, de Sécurité Commune, de la coopération dans les matières de justice et de l'intérieur et dans d'autres domaines qui comme en matière culturelle sont peut-être moins explicites ou prononcés. Le débat en RFA s'est cristallisé autour de deux points :

---

(43) Schengen I, GMBl 1986, S. 790 ff ; Schengen II, vom 13.06.1990, 1989, BT-Drucksache 11/6297, S. 11. Albrecht Weber, Die Harmonisietung der europäischen Einwanderungs und Asylpolitik, ZRP 1993, 1700 ff.

(44) Bertold Wahlig, Rechtliche Fragen zur Errichtung einer Europäischen Währungsunion Gramlich/Weber/Zehetner, Auf dem Wege zur Europäischen Währungsunion, 1992, S. 37-51.

1) Les articles 24,20 et 79 al 3 LF comme garanties de "l'essentiel" de la LF

Est-ce que l'ensemble des transferts de compétences prévus par les accords de Maastricht est bien couvert par l'article 24 al. 1 LF ? Dans la traduction la plus exacte l'article 24 al. 1 LF se lit comme suit :

"La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales."

Dans la fameuse jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale - les arrêts Solange-I et Solange-II de 1974 et 1986 (45) - la Cour a corrigé sa jurisprudence antérieure en admettant que l'article 24 al. 1 habilite l'ouverture de l'ordre juridique de la RFA vers une institution supranationale et l'applicabilité directe de l'ordre autonome communautaire, mais cette disposition constitutionnelle ne permet pas de mettre en cause l'identité ou l'essentiel de l'ordre constitutionnel de la RFA, c'est-à-dire de ses structures constituantes. Alors que la CCF ne définit pas les limites exactes du transfert des droits de souveraineté permis par l'article 24 al. 1, la doctrine dominante suppose que les limites constitutionnelles sont définies par les structures essentielles de la Loi Fondamentale comme étant garanties dans l'article 79 al. 3, ladite clause de "garantie éternelle". Ceci implique que les principes directeurs comme l'État de droit, la démocratie, l'État social, l'État fédéral et républicain ne pourront pas être abrogés mais sont garantis dans leur "essence" ou "noyau dur". Quoiqu'on peut constater des restrictions immanentes à un futur transfert de compétences, p. ex. en matière de l'enseignement ou de culture, le principe de subsidiarité étant ancré au traité (article 3 c CEE) ouvre sans doute une nouvelle dimension européenne à développer par les organes communautaires. Même si toute analyse y aboutit finalement il n'est peut-être pas si fructueux de mener la discussion sur l'État actuel de l'union européenne : la structure de l'Union Européenne n'est ni comparable à un État fédéral ni à une confédération, mais reflète plutôt - malgré sa définition traditionnelle d'organisation supranationale et sujet de droit international - "un État préféderal" avec des compétences attribuées, agrandissantes et de plus en plus profondes ; mais il reste à constater que, comme il a été dit durant l'audition devant l'Assemblée Nationale, la "Kompetenz-Kompetenz" (ancienne terminologie allemande du 19ème siècle) reste formellement encore aux gouvernements des États membres. Il est bien difficile à marquer le tournant définitif vers un État fédéral - il s'agit évidemment d'un processus long, flexible et pragmatique. La discussion constitutionnelle en RFA tourne autour des questions de la démocratisation du pouvoir communautaire, de la fédéralisation de la Communauté et finalement de l'équilibre interne entre la fédération de la RFA et ces Länder.

Sans doute tout fédéralisme repose sur un équilibre fragile entre l'État central et les États membres, entre les forces centripédales et centrifugales ou - en terminologie fédéraliste - varie selon le degré de la centralisation du pouvoir du "fédéralisme unitaire" (p. ex. l'Allemagne, les États-Unis) au "fédéralisme freiné" (p. ex. le Canada) (46). La théorie comparée du fédéralisme a constaté autant de forces centralisatrices dans le fédéralisme moderne que des forces de freinage et s'illustre bien par les résultats comparables du fédéralisme classique (Suisse, Allemagne, Autriche, États-Unis, Australie, Canada) et ceux du nouveau régionalisme qui tend vers ou passe par une structure "préféderale" (la Belgique, l'Espagne, l'Italie) (47). Cela ne veut pas dire que la future constitution de l'Union Européenne soit

(45) Beschluß des BVerfG vom 29.05.1974, BVerfGE 37, 271 ff (Solange I) ; Beschluß des BVerfG vom 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 ff (Solange II).
(46) vs. pe. E. Orban, La Dynamique de la Centralisation dans l'État Fédéral ; un processus irreversible ?, 1984.
(47) Hermann-Josef Blanke, Föderalismus und Integrationsgewalt, 1991.

absolument à modeler selon le type fédéral allemand, suisse ou quelque d'autre ; mais il semble difficile d'imaginer une Union qui ne soit pas d'une dimension fédérale en garantissant une répartition des droits de souveraineté entre l'Union et les États membres et selon le cas les régions. Le fédéralisme de l'Union est la meilleure sauvegarde des États membres vis-à-vis le pouvoir central et assure le mieux la séparation verticale des pouvoirs entre l'Union d'une part et les États membres d'autre part. Pour les États membres fédéraux ou "préfédéraux" on pourrait même envisager un système fédéral à trois échelles, c'est-à-dire l'Union Européene comme pouvoir central - les États membres comme entités avec des droits de souveraineté limités jumelés au principe de subsidiarité - et finalement les régions, les autonomies ou les Länder. À long terme cette triple structure qui devait être complétée et rassurée par la démocratisation du pouvoir central, la sauvegarde de l'État de droit et les droits fondamentaux constitue la chance historique singulière de l'évolution de l'État comme "État-constitution" (Verfassungsstaat) (48).

2) Le Principe démocratique et l'Union Européenne

Il n'est pas douteux que le principe démocratique doit encore être renforcé plus profondément que les accords de Maastricht le prévoient. Le système de colégislation (art. 189 b CEE) entre le parlement et le conseil pour les matières définies par le traité emprunté du modèle allemand du Conseil Fédéral investi d'un droit de veto n'est pas suffisant pour dissiper les critiques constitutionnelles. L'élargissement du principe démocratique n'est pas seulement une revendication constitutionnelle de la part de l'Allemagne mais réalise une compensation nécessaire pour tout transfert de souveraineté (49).

3) Fédéralisme et supranationalité en Allemagne

Le traité de Maastricht n'exige pas seulement un transfert de compétences de la part de la fédération mais aussi de la part des Länder. Les Länder allemands étant des États membres d'une fédération qui devient ou est à son tour un État membre d'une "préfédération", le transfert et le partage de compétences se révèlent beaucoup plus compliqués. Il semble bien établi que le transfert des droits de souveraineté à la Communauté a accéléré l'érosion des compétences des Länder et a donc affaibli le fédéralisme en tant que tel. Jusqu'à la reforme de la CEE par l'Acte Unique Européen (ou European Single Act) de 1986 les Länder n'ont pas pu empêcher un transfert de leurs compétences par le Bund. Leur intervention se limite à la ratification de la loi qui par une pratique tacite se réalise par le vote de la Diète (Bundestag) et au Conseil Fédéral (Bundesrat). La participation des Länder au processus de la formation des décisions des organes communautaires se bornait depuis un accord formalisé de 1979 entre les premiers ministres des Länder et le chancelier Schmidt à l'information préalable et au droit d'audition (50). En effet, cet accord a été partiellement légalisé par la loi de ratification (Zustimmungsgesetz) de l'Acte Unique Européen (51). Par l'article 2 de ladite loi les Länder peuvent exprimer un "avis obligatoire" par l'intermédiaire du Conseil Fédéral sur tout projet de loi communautaire. Quoique

(48) Pour joindre un terme de Häberle : "Die Weltstunde des Verfassungsstaats".
(49) Eckart Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 1991 (Heft 50), S. 56-93 mwN.
(50) Vereinbarung zwischen Bund und Ländern (Schmidt) v. 1979.
(51) Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.02.1986, BGBl II, 1102 et vs. aussi Bund-Länder-Vereinbarung vom 17.12.1987, abgedruckt bei Schmidt-Meinecke, Stefan : Bundesländer und Europäische Gemeinschaft, 2. Aufl., Speyerer Forschungsberichte 58, 1988.

l'étendue et la nature juridique de cet avis soient controversées (52) il n'y a plus de doute entre les constitutionnalistes quant à la participation et l'ingérence des Länder au processus de la formation de la volonté des organes communautaires sont exigées à cause de la perte de compétences des Länder et représentent une sorte de compensation pour les transferts de compétence imprévus.

4) La participation des Länder au Comité des Régions

La conférence des premiers ministres des Länder a revendiqué l'instauration d'un organe communautaire pour les représentants des régions et surtout des Länder au niveau communautaire. Ce Comité de Régions est institutionnalisé dans l'article 198 a) du Traité (53) dont le nombre de représentants varie entre 6 pour le Luxembourg et 24 pour la RFA, la France, l'Italie et le Royaume Uni. Mais ce Comité de Régions n'est pas - en vue de la hétérogénéité des régions - un organe communautaire avec des compétences de décision mais plutôt un organe consultatif de la manière du Conseil Economique et Social. Du point de vue constitutionnel allemand la répartition des 24 sièges se base au consensus interne des Länder entre eux et des municipalités qui, elles aussi, revendiquent une représentation mineure au Comité des Régions (54)

5) Le transfert des compétences du Bund et des Länder et la participation des Länder au Conseil à Bruxelles

Au cours de la discussion vivace et controversée entre le gouvernement du Bund, les exécutifs des Länder et le Bundesrat sur la ratification du Traité de Maastricht on a trouvé un consensus final au niveau de la Commission Constitutionnelle sur la rédaction d'un nouvel article 23 LF. Il représente un compromis entre les députés du Bundestag (délégués à la Commission) et les revendications des Länder. Comme l'ancien article 23 LF est devenu obsolète par son utilisation pour le procès de la réunification, la Commission Constitutionnelle après l'audition des experts et le consensus finalement acquis pouvait revitaliser cet article comme nouveau mandat ("Integrationshebel"). L'article 23 devient alors le nouvel article de "l'ouverture à la supranationalité" en substituant dans cette matière l'article 24 al. 1 LF.

La modification approuvée à l'art. 23 se présente essentiellement comme suit :

(52) vs. Art. 2 al 3 s. 2 EEAG : "Im übrigen bezieht sie die vom Bundesrat vorgetragenen Länderbelange ihre Abwägung ein." Cf. Hermann-Josef Blanke, (FN 47), S. 394 ff ; Georg Ress, Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus, EuGRZ 1986, S. 549-558 ; ders., Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - ein Schritt zur "Föderalisierung" der Europapolitik, EuGRZ 1987, 361-367.

(53) Art. 198 a CE : Il est institué un comité à caractère consultatif composé de représentants des collectivités régionales et locales, ci-après dénommé "Comité des régions". Le nombre des membres du Comité des régions est fixé ainsi qu'il suit :
- Belgique 12 ; Danemark 9 ; Allemagne 24 ; Grèce 12 ; Espagne 21 ; France 24 ; Irlande 9 ; Italie 24 ; Luxembourg 6 ; Pays-Bas 12 ; Portugal 12 ; Royaume-Uni 24.
Les membres du Comité ainsi qu'un nombre égal de suppléants sont nommés, sur proposition des États membres respectifs, pour quatre ans par le Conseil statuant à l'unanimité. Leur mandat est renouvelable.
Les membres du Comité ne doivent être liés par aucun mandat impératif. Ils exercent leurs fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté.

(54) Joachim Bauer, Europa der Regionen, Aktuelle Dokumente zur Rolle und Zukunft der deutschen Länder im europäischen Integrationsprozeß, 1991 ; Hermann-Josef Blanke, (FN 47), S. 370 ff ; Fritz Ossenbühl, (FN 10), S. 468-477.

(1) Le transfert des compétences exige le consentement du Bundesrat ce qui confirme plus ou moins une pratique constitutionnelle en vigueur dès la ratification du premier traité CEE.

Pour la réalisation de l'Union Européenne et la modification de la base du traité, la majorité constitutionnelle des deux tiers au Bundestag et au Bundesrat est exigée - le noyau essentiel de la constitution ne pouvant pas être abrogé, comme l'exprime la jurisprudence de la C.C.F. (Solange I et Solange II).

(2) La participation des Länder par l'intermédiaire du Bundesrat vient d'être constitutionnalisée (art. 23 al. 2 LF) dans la mesure où la coopération est prévue dans l'ordre interne selon les règles de la répartition des compétences (art. 23 al. 3 LF).

(3) La participation des Länder au processus de formation de la prise de décision au Conseil des ministres de la CEE, légalisée par la loi de ratification de l'Acte Unique Européen, sera également constitutionnalisée et considérablement étendue ou élargie. Pourtant la rédaction de l'article 23 semble, selon une première analyse, peu cohérente et difficilement justiciable.

Le gouvernement central est tenu de respecter l'avis (*Stellungnahme*) du Bundesrat dans le domaine des compétences exclusives du Bund ou dans les matières où le Bund a le droit de législation ; par contre si les matières touchent au fond des compétences législatives des Länder ou à l'instauration des autorités (*Einrichtung der Behörden*) ou à la procédure, le Bund doit tenir compte de l'avis du Bundesrat. Pour que la différence sémantique si subtile ait un sens juridique il faudrait conclure que l'avis du Bundesrat dans le dernier cas produisait une force obligatoire et justiciable contrôlée par les tribunaux, voir la Cour Constitutionnelle.

(4) Enfin si les compétences exclusives des Länder (art. 30, 72, al. 2, 74 LF) sont touchées d'une manière élémentaire, la représentation du Bund est transférée à un délégué des Länder nommé par le Bundesrat. Ce procédé légalisé par l'art. 146 du Traité mène inévitablement à une évaluation considérable de la participation jusqu'à présent inconnue des Länder au processus de la prise des décisions à Bruxelles. Le consentement des Länder est peut-être le juste prix pour la ratification de Maastricht. Il est évident que cette constitutionnalisation partielle de la "Europainnenpolitik" est due à l'équilibre fragile en domaine extérieure tout en compensant la perte de compétences des Länder au cours du procès de l'unification européenne. Aussi difficile et compliqué qu'il soit et sans mettre trop d'obstacles insurmontables à la procédure au Conseil des Ministres ce modèle devrait s'affirmer en pratique constitutionnelle . Il est à craindre que la littérature critiquera ces formules si vagues et imprécises et que la jurisprudence de la C.C.F. jouera finalement le rôle d'arbitre pour mieux définir l'équilibre fédéral entre le Bund et les Länder (55).

(55) Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993, BGBl. I, S. 313 ; Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993, BGBl. I, S. 311.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS / ABRÉVIATIONS

- AnwBl = Anwaltsblatt, année, page
- BGBl = Bundesgesetzblatt, Journal officiel des lois fédérales
- BR = Bundesrat
- BT = Bundestag, parlement fédéral
- BVerfG = Cour constitutionnelle fédérale (allemande)
- BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (allemande), éditées par les membres de la Cour, Mohr Tübingen, cité : BVerfGE vol., n° de la décision, ev. p.
- DôV = Die öffentliche Verwaltung, année, page
- DVBl = Deutsches Verwaltungsblatt, année, page
- EEAG = Gesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.02.1986, BGBl II, S. 1102
- EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift, année, page
- EWGV = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957
- GMBl = Gemeinsames Ministerialblatt, année, page
- JuS = Juristische Schulung, année, page
- LF = Loi fondamentale
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift, année, page
- RDA = Republique démocratique allemagne (DDR)
- RFA = Republique fédérale allemagne (BRD)
- RFDC = Revue française
- TVA =Taxe sur valeur ajoutée / Mehrwertsteuer
- VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, année, page
- ZRP = Ze année, page
- ZRP = Zeitschrift fÅr Rechtspolitik

LES «DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ»

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA NOTION D'ACTE ADMINISTRATIF *

Par

Joseph PINI
Allocataire-moniteur, lauréat de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, lauréat du Concours général des Facultés de droit, G.E.R.J.C. (CNRS URA 1392), Université d'Aix-Marseille III.

INTRODUCTION

À en croire le Huron venu au Palais-Royal (1), le droit administratif français s'est forgé une réputation de grande rationalité et de rigueur. La réalité peut apparaître toute différente. Point n'est besoin, pour s'en convaincre, d'un inventaire détaillé de ses multiples imperfections et bizarreries : le seul redoutable exemple du problème de la compétence juridictionnelle, relevant parfois de la «logique du fou» de Chesterton, serait de nature à emporter la conviction. La perplexité s'accroît par ailleurs lorsque l'on constate l'incertitude et le manque de clarté où l'on se trouve au sujet de certaines notions jugées à tel point fondamentales qu'elles semblent à première vue relever de l'évidence. Tel est le cas de l'acte administratif.

1 - DÉFINITION ET PLACE DE L'ACTE ADMINISTRATIF : IMPORTANCE ET DIFFICULTÉS

Un point au moins apparaît clair et incontestable : l'acte administratif occupe à l'évidence une place de premier rang dans la théorie générale du droit

(*) Cette étude constitue la version remaniée d'un mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies de Droit public (session de septembre-octobre 1991), réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Claude Ricci, que nous remercions pour son aide précieuse et son appui dans la publication de cet article.

(1) Cf. Jean Rivero, «Le Huron au Palais Royal - Quelques réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir», D. 1962, chron., p. 37.

administratif français, et la faculté d'édiction unilatérale de règles contraignantes et exécutoires est considérée comme l'une des prérogatives essentielles de la puissance publique. Une fois ce constat opéré, les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est un acte administratif. Si la question pouvait apparaître relativement aisée à éclaircir il y a quelques décennies, encore qu'elle ne fût point exempte de toute controverse (2), l'évolution des esprits et surtout des modes d'action de l'administration a contribué à fragiliser nombre de certitudes et à remettre en cause diverses données longtemps tenues pour acquises. Dès lors, on ne peut que souscrire à l'opinion de certains membres de la doctrine, tel le doyen Vedel déclarant par exemple : «La décision que nous commentons illustre de façon saisissante l'un des aspects - et non le moins grave - de la crise actuelle du droit administratif français. En effet, elle témoigne de l'impossibilité où l'on est de répondre simplement, clairement et avec certitude à une question pourtant fondamentale : qu'est-ce qu'un acte administratif ?» (3). De son côté, André de Laubadère écrit : «On pourrait penser qu'une notion aussi fondamentale en droit administratif que celle de l'acte administratif a fait l'objet d'une définition unique et certaine. Il n'en est rien» (4). Michel Virally, pour sa part, reconnaît que «la définition de l'acte administratif soulève des difficultés considérables et est entourée actuellement de regrettables obscurités» (5).

La recherche d'une éventuelle définition dans les textes se révèle infructueuse : dans la plupart des cas, non seulement le terme même ne correspond pas toujours, mais surtout, c'est l'esprit et la finalité de l'institution concernée qui s'avèrent trop spécifiques pour permettre tout élargissement ou généralisation valable. Ainsi l'arrêté du 2 germinal an V qualifie-t-il bien d'actes administratifs «toutes les opérations qui s'exécutent sous les ordres du Gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor public» ; cette définition contient des éléments intéressants, mais demeure cantonnée dans la mesure où ce texte a été pris en application de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III dans un contexte d'exclusion générale de la compétence des tribunaux ordinaires, ce qui explique l'étroitesse de son champ et confirme son caractère historiquement daté et dépassé. De même, la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs se révèle inutilisable, car trop finalisée (6) ; la loi du 11 juillet 1979, quant à elle, ne concerne que certains actes administratifs.

Au titre de la délimitation de notre champ d'étude, nous pouvons au moins essayer d'apporter ici quelques précisions que l'on peut rattacher à la théorie générale des actes de l'administration. Ainsi, par acte administratif, nous n'entendrons dans les développements qui vont suivre que les actes juridiques par opposition aux actes matériels. Par ailleurs, c'est à l'acte administratif unilatéral (7) que l'on se référera,

(2) On se souvient ainsi de l'opposition nette entre la position d'un Hauriou et celle d'un Duguit en la matière.
(3) Cf. note Vedel sous CE, 23 janvier 1953, Audouin, *JCP* 1954 II 7916
(4) André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 9e éd., L.G.D.J., Paris, 1984, tome 1, p. 238.
(5) Cf. *Acte administratif*, Répertoire de droit public et administratif, Dalloz, Paris, 1958, tome 1, p. 6.
(6) D'où certaines "surprises" : cf. CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun et Association «Melun Culture Loisirs», Vivien et autres, *AJDA* 1990, p. 823, concl. Pochard.
(7) On ne pourrait aller jusqu'à dire que cette qualité soit marquée par autant d'incertitude que le caractère administratif, mais il convient de préciser qu'elle a nécessité de régulières mises au point et pose quelquefois des problèmes de détermination : cf. Georges Dupuis, «Définition de l'acte unilatéral», in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975 p. 205 ; cf. également les développements d'Eisenmann dans son cours de 1959-1960 sur le régime des actes administratifs unilatéraux in *Cours de droit administratif* tome II, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 677 (685 *ss*) : il en ressort que le caractère unilatéral ne dépend pas principalement du nombre d'auteurs de l'acte. Sur les problèmes concrets, cf. Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, Paris, 1983, p. 14 à 17.

s'en tenant à une approche classique qui n'inclut pas dans le concept d'acte administratif les actes à caractère conventionnel (8).

2 - PREMIÈRE DÉFINITION DES «DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ»

C'est à M. Jean Lamarque que la théorie administrative française paraît redevable de la notion de «décision administrative de droit privé», dans un article de 1974 (9). L'auteur bordelais y remarque tout d'abord le caractère à la fois plus ancien et moins connu de celle-ci comparé à l'acte administratif unilatéral pris par une personne privée. Puis, regrettant son exclusion de la plupart des présentations de l'acte administratif au nom de la distinction gestion privée/gestion publique, il en présente les caractères essentiels à ses yeux, dans le but de l'inclure dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux et de la différencier des actes unilatéraux de droit public :

- le caractère décisoire : selon M. Lamarque, «L'acte juridique de droit privé qui émane d'un organe administratif ne présente pas seulement un caractère unilatéral ; il s'agit d'une décision exécutoire» (10). Pour l'auteur, on est bien, dans l'hypothèse étudiée, en présence d'un acte émis unilatéralement par l'administration dans l'idée de modifier l'ordonnancement juridique, ceci correspondant à la définition classique de la décision exécutoire. Dès lors, selon lui, elle en revêt les principales particularités : d'une part, sa forme importe peu, et M. Lamarque s'appuie ici sur la jurisprudence Jalenques de Labeau du 8 mars 1957 (11) ; d'autre part, la «décision administrative de droit privé» peut donner lieu à l'usage de prérogatives de puissance publique, et faire l'objet d'une exécution forcée ou, du moins, produire des effets contraignants marqués.

- le caractère nécessairement individuel d'un tel acte administratif : le juge administratif s'avère toujours compétent pour tout acte à caractère réglementaire, même pris dans des matières relevant du juge judiciaire ou dévolu normalement au contentieux judiciaire en vertu de la clause générale de compétence (12).

---

(8) Le problème s'avère différent pour ce qui concerne les actes mixtes, parfois assimilés aux actes unilatéraux, parfois présentés comme une troisième catégorie.

(9) J. Lamarque, «La décision administrative de droit privé», in *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 291.

(10) Art. préc., p. 292.

(11) Rec. p. 157 ; D 1957, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère ; *AJDA* 1957 II p. 184, note Fournier et Braibant ; *JCP* 1957 II 9987, note Dufau. Par cette décision, qui rappelle le principe suivant lequel la juridiction judiciaire est compétente pour se prononcer sur les litiges individuels opposant les services publics industriels et commerciaux, notamment ceux gérés sous la forme d'un établissement public, à leurs agents (à l'exception de celui d'entre eux exerçant la direction de l'ensemble des services et du chef de la comptabilité s'il possède le qualité de comptable public), le Conseil d'Etat reconnaît la qualité d'agent de droit privé à l'un des directeurs de l'Agence France-Presse, bien que celui-ci ait été nommé par décret et révoqué par arrêté ministériel.

(12) Comme ayant un objet de droit privé ou concernant des rapports de droit privé : par exemple, en ce qui concerne les rapports de services publics industriels et commerciaux avec leur personnel, déjà mentionnés. cf. Ass., 13 janvier 1967, Syndicat unifié des techniciens de la Radiodiffusion. Télévision Française, Rec. p. 10 (en l'espèce, le Conseil d'Etat est même amené à apprécier la légalité d'un règlement pris par le directeur général de la RTF au regard de dispositions du Code du Travail, ce qui prouve à quel point le seul caractère réglementaire de l'acte s'avère ici déterminant pour la répartition des compétences). Cf. déjà CE, 18 octobre 1957, Syndicat régional CGT des employés techniciens et agents de maîtrise des mines du Bassin de la Loire, Rec. p. 545 ; CE, 10 novembre 1961, Missa et Association "Les Résistants de la RTF", Rec. p. 636. Cf. également CE, 1er mars 1968, Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF, *AJDA* 1968 p. 225, chron. Massot et Dewost, *Droit soc.* 1969, concl. Questiaux ; CE, 21 octobre 1970, Syndicat des personnels de l'Office de coopération radiophonique, Rec. p. 599. Plus récemment, et dans des textes mêmes, le principe s'est trouvé réaffirmé : par exemple, la loi du 2 août 1989 réformant la commission des opérations de bourse et ses pouvoirs exclut du champ de la compétence judiciaire pour connaître des décisions de cet organisme, celles revêtant un caractère réglementaire (article 9 de la loi, modifiant l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967). Autre exemple, concernant le domaine privé : Sect., 15 février 1963, Chaussé, Rec. p. 93.

- le caractère "unitaire" (13) : la «décision administrative de droit privé», selon l'auteur, revêt la forme d'un acte de droit public, mais se singularise par son contenu de droit privé. Plus encore, elle «est faite de la fusion au sein d'un même acte d'éléments de droit public et de droit privé» (14) : il s'agit d'un seul et même acte, et non de plusieurs éléments interactifs au sein d'un ensemble ou "complexe" juridique (cf. infra).

- le caractère de droit privé, du fait d'un objet de droit privé, parce qu'elle «concerne» une situation de droit privé ou s'insère dans des rapports de droit privé.

- la «décision administrative de droit privé» se caractérise, en conséquence, par la compétence au fond du juge judiciaire, non exclusive cependant (cf. infra).

La présentation de la «décision administrative de droit privé» a été reprise ultérieurement par M. Jacques Moreau dans son manuel (15), mais de manière assez déformée. Ainsi, l'auteur mentionne tout d'abord la notion comme une synthèse de tous les cas d'exception à la compétence exclusive du juge administratif en matière d'actes administratifs unilatéraux, englobant par là tous les actes relatifs au fonctionnement de la justice judiciaire, les décisions constitutives de voie de fait et les hypothèses dans lesquelles les juridictions, notamment répressives, s'avèrent compétentes pour apprécier la validité de certains actes administratifs. Par ailleurs, M. Moreau propose une définition du «contenu de droit privé» en contradiction textuelle avec celle de M. Lamarque (16).

3 - QUELQUES PARADOXES

Si l'on est encore loin d'une définition claire, unique et stable de la notion d'acte administratif, on perçoit tout de même le caractère un peu choquant pour l'esprit que peut revêtir l'affirmation de l'existence de «décisions administratives de droit privé». Avant de réfléchir sur le contenu de la définition (cf. infra) et d'en apprécier les contours et la portée, le rapprochement même des termes utilisés ne peut que susciter des interrogations diverses et surtout plusieurs paradoxes, éventuellement accompagnés de quelques inquiétudes. Le premier d'entre eux tient à l'idée que les concepts de décision et d'acte administratif seraient manipulables et extensibles à l'infini alors que le droit, et particulièrement le droit administratif, s'ils procurent la sécurité dans les rapports sociaux et interpersonnels, ont eux aussi besoin d'une certaine rigueur et d'une relative assurance pour pouvoir à la fois traduire l'ordre des choses et convenir aux réalités qui sont l'objet ou le cadre de leur application. Il est vrai que le droit administratif peut (et doit) "fonctionner" sans l'appui (ou le handicap...) d'une précision de mécanisme d'horlogerie, mais, à l'évidence, on ne se trouve pas ici en présence d'un standard (17) ; quant à la logique floue, elle constitue une arme à double tranchant. Le second paradoxe réside en le fait qu'on imagine là l'administration dotée de ses prérogatives souveraines et qui régenterait de manière étroite des situations ou des domaines relevant du droit et des "affaires" privées, ou traiterait avec des particuliers ou agirait comme un particulier, mais en profitant de ses privilèges les plus exorbitants. Or, une telle situation, virtuellement attentatoire aux libertés publiques et aux droits fondamentaux, atteindrait le cœur même, l'essence de toute la construction du droit administratif, sa

(13) Cf. J Lamarque, art. préc., p. 295.
(14) Ibid., p. 296.
(15) *Droit administratif*, PUF-Droit fondamental, Paris, 1989, p. 448 à 450.
(16) Cf. J. Lamarque, art. préc., p. 295 à 297 ; cf. J. Moreau, op. cit., p. 449 et 450.
(17) Pour une définition et des développements plus amples sur cette question, cf. Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard - Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, L.G.D.J., Paris, 1980.

distinction d'avec le droit privé, que l'on pourrait ramener même à la séparation entre affaires ou questions publiques, et affaires ou question privées, et qui fait que cette idée d'un droit particulier applicable à la puissance publique, perceptible à ses origines surtout comme un instrument de pouvoir, contient en elle-même le germe de l'édifice libéral dont elle constitue une pièce maîtresse.

4 - PROBLÉMATIQUE ET PLAN

La vigueur des quelques interrogations ainsi soulevées par l'idée de «décisions administratives de droit privé» impose un examen plus approfondi de la notion. Des difficultés méthodologiques se posent cependant. Tout d'abord, les «décisions administratives de droit privé» se présentent à la fois comme un concept et une catégorie, ce qui oblige à en apprécier l'étendue et la densité. Par ailleurs, un élément ne doit pas être négligé : les «décisions administratives de droit privé» ont une origine purement doctrinale. Il s'agira donc également, d'une part d'analyser de manière critique cette contribution théorique, d'autre part de chercher à comprendre sur quels fondements elle repose et de mettre en lumière ce qu'elle remet (ou cherche à remettre) en cause. Ces deux ensembles d'obligations ne s'avèrent pas contradictoires et constitueront le plan de cette étude, dont l'entreprise se trouve cependant alourdie par l'impossibilité, au moins dans un premier temps, de procéder autrement que de manière "impressionniste" et par ajustement.

I - L'EXTENSION DE LA NOTION : L'EXISTENCE DES «DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ» COMME CATÉGORIE D'ACTES

Le premier aspect de notre démarche, dans la perspective critique adoptée ici, nous oblige à procéder de manière à peu près identique à celle des auteurs à l'origine de la notion (18) (il semble préférable, pour l'instant d'employer ce terme, épistémologiquement plus neutre (19) de «décision administrative de droit privé»), et, en conséquence, à partir d'un constat pour développer ensuite une analyse. En l'espèce, le constat est celui de l'existence d'un ensemble d'actes présentant des caractéristiques communes et spécifiques, susceptibles de correspondre aux critères proposés par la doctrine pour définir cette notion. Quant à l'analyse, elle consiste ici à rechercher si, à l'instar de leurs promoteurs, on peut considérer les «décisions administratives de droit privé» comme une catégorie à proprement parler.

A - IL EXISTE UN ENSEMBLE D'ACTES PRÉSENTANT DES CARACTÉRISTIQUES COMMUNES ET SPÉCIFIQUES

Un exercice un peu fastidieux d'énumération semble s'imposer ici. En effet, il apparaît nécessaire, pour arriver à déterminer si les «décisions administratives de droit privé», telles que définies supra, constituent une catégorie juridique véritable, de préciser les situations que recouvre la notion, si elle existe bien, en procédant tout d'abord à une délimitation négative de cet ensemble quelque peu hétéroclite et dont se rapprochent divers actes ou situations juridiques ne correspondant pas exactement aux éléments proposés pour la définition. Puis il sera possible d'entreprendre une

(18) Cf. Introduction 2.

(19) Philosophiquement, le concept de "notion" ne fait cependant pas l'objet d'une appréciation commune et indifférente. Dans notre contexte, par exemple, la définition de Leibnitz et ses disciples, comme idée d'un objet particulier considéré dans ce qu'il a de commun avec les objets de son espèce, convient beaucoup mieux que celle des Kantiens, comme concept donné a priori.

identification positive parmi les actes administratifs, suivant la démarche adoptée par M. Lamarque. On tentera alors de vérifier si les conditions d'existence d'une catégorie juridique sont remplies.

a) La vérification de l'existence d'actes de type «décision administrative de droit privé» : essai de délimitation de la "catégorie"

À partir des éléments de définition proposés supra, il apparaît possible de tenter la délimitation du champ des «décisions administratives de droit privé». Déjà, l'on peut remarquer que la doctrine citée opère sa présentation selon une démarche inductive, voire **intuitive** : la recherche d'élaboration d'une catégorie semble, en effet, partir d'une véritable intuition de l'existence de situations particulières au regard de la théorie générale du droit administratif et des principes fondamentaux de répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Dès lors, la difficulté de cerner de manière tout à fait exacte la notion de «décision administrative de droit privé» et de la caractériser à partir d'éléments clairs peut au moins s'expliquer, si elle ne se justifie pas. Elle oblige à une démarche en deux étapes qui, loin d'être complètement satisfaisante pour l'esprit, demeure à même de produire quelque résultat : dans un premier temps, il s'agira d'établir ce que ne sont pas les «décisions administratives de droit privé», pour pouvoir ensuite énumérer, de manière plus ou moins exhaustive, les actes susceptibles de correspondre, positivement cette fois, à la définition. Les cas de recoupement constatés dans les classements qui vont suivre empêchent ces derniers de prétendre à la perfection et limitent leur portée à un intérêt pratique de présentation.

1) La délimitation négative de l'ensemble

Avant de pousser plus avant l'enquête sur l'existence de «décisions administratives de droit privé» et la réflexion sur leur réalité en tant que catégorie juridique, il semble déjà possible d'exclure certains actes de notre champ d'étude. Dès à présent, et pour ne plus y revenir, on doit considérer que tout acte réglementaire, pris dans un des domaines pourtant susceptibles de relever de cet ensemble d'actes, se trouve hors hypothèse en tant qu'il relève de la compétence du juge administratif (20). Ceci étant précisé, plusieurs séries de cas doivent être écartées, pour des motifs différents, mais répondant tous à la définition doctrinale proposée.

• *Le cas des actes relevant par dénaturation ou par accessoire du juge judiciaire*

Sous cette détermination, dans laquelle il ne faut pas entendre "accessoire" au sens juridique strict, on envisage l'hypothèse de la voie de fait et celle de la compétence du juge répressif pour apprécier la validité des actes administratifs (21).

(20) Pour un exemple récent, cf. CE, 19 mars 1993, Garreau de Loubresse, req. n° 51035, *Droit adm.* 1993, n° 217.

(21) Pour une présentation récapitulative, cf. Jacques Moreau, *Voie de fait*, Encyclopédie Dalloz-Contentieux administratif, pour la première, et le commentaire sous TC, 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets in Marceau Long. Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9e éd., Sirey, Paris, 1990, n° 82, p. 465, pour la seconde. Pour une application récente et originale en matière d'arrêtés préfectoraux de suspension du permis de conduire, cf. Crim., 11 octobre 1990, atfaires Rongier, Procureur général de Rennes/ Levadoux, Procureur général de Rennes/Boisson et Procureur général de Rennes/Lavit, D. 1991, p. 75, note Couvrat et Mossé. Cf. également Crim., 11 octobre 1988, Bull. crim. p. 918. Quant à la juridiction civile, à l'exception notable de sa compétence fiscale, ses pouvoirs en matière d'actes administratifs apparaissent encore plus limités : cf. TC, 16 juin 1923, Septfonds, et commentaire in *Les grands*

En effet, outre que les actes alors en question ne correspondent pas nécessairement (c'est d'ailleurs le plus souvent le cas) aux critères posés supra, l'intervention du juge judiciaire se justifie alors non par la prise en compte du contenu de droit privé de l'acte, mais soit par ce que la majorité de la doctrine considère comme une déqualification de la décision gravement illégale et manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, tenant à l'irrégularité en quelque sorte rédhibitoire de l'acte ou à titre de sanction, soit par voie d'exception devant le juge pénal dans l'hypothèse où l'élément légal de l'infraction poursuivie implique un acte administratif, et au nom de la plénitude de juridiction du juge répressif (22). En outre, pour ce qui concerne la voie de fait, la compétence du juge judiciaire est déterminée par le degré de validité (ou de non-validité) de l'acte, et non a priori.

• *Les cas exclus par défaut de qualité de leur auteur*

Il s'agit ici de deux séries d'hypothèses. La première recouvre les cas où, bien que l'on se trouve dans un cadre de droit public ou qu'il y ait "mission publique", pour employer un terme aussi général que possible, on ne peut considérer que l'acte a été pris par une autorité administrative usant éventuellement des prérogatives de puissance publique mises à sa disposition. Ainsi en est-il, par exemple, des mesures concernant l'exercice du droit de réponse à la télévision, relevant du juge judiciaire (le président du tribunal de grande instance statuant en référé) par détermination de la loi (23). Il convient de placer à part la situation de certaines autorités publiques ne participant pas de la fonction exécutive dans leurs actes : on pense particulièrement au ministère public (24) ; plus généralement, la présence d'actes considérés comme administratifs n'est toutefois pas totalement exclue en matière répressive, y compris édictés par des magistrats (25), mais

---

arrêts...., op. cit., n° 44 p. 243. Les frontières entre la compétence administrative et judiciaire demeurent cependant indécises en bien des points, ce qui oblige parfois le législateur à rappeler le principe dans certaines matières : cf. par exemple l'article L 480-13 du Code de l'urbanisme interdisant aux tribunaux répressifs de condamner pour méconnaissance des règles d'urbanisme un constructeur ayant édifié conformément à un permis de construire, avant que ce dernier ait été annulé et son illégalité constatée par le juge administratif. On le voit donc : le principe de répartition demeure bien établi jusqu'au point de faire échec, pour la jurisprudence, à la portée générale de la règle posée par l'article 136 du Code de procédure pénale : cf. TC, 16 novembre 1964, Clément, Rec. p. 796 ; Sect., 2 juillet 1965, Voskresensky, Rec. p. 419 ; CE, 22 avril 1966, Tochou, Rec. p. 279. La sévérité des tribunaux sur ce point s'exerce dans tous les domaines, y compris les "blocs de compétence" d'origine législative : par exemple, cf. TC, 21 janvier 1985, Préfet de la région des Pays de Loire/Syndicat FO des personnels du port autonome de Nantes-Saint-Nazaire, Rec. T p. 537 (le tribunal d'instance, compétent en l'espèce pour toute contestation relative à l'électorat, l'éligibilité et la régularité des opérations électorales, ne peut se fonder sur l'illégalité des décisions administratives en vertu desquelles il a été procédé à l'organisation de ces élections que si la juridiction administrative a préalablement annulé ou statué sur question préjudicielle) ; cf. déjà CE, 2 novembre 1957, Société des hauts-fourneaux de Rouen, Rec. p. 580. En matière de licenciement, cf. Soc., 26 septembre 1989, Kloc/Société Ardico Intermarché, B.C. V, n° 541, p. 329.

(22) Cf. Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3è éd., L.G.D.J., Paris, 1984, tome I, p. 698 ss.

(23) Cf. CE, 11 mai 1990, Uri, Rec. p. 123. La portée de cet arrêt est à relativiser au regard de l'application faite de la détachabilité.

(24) Ex. : TA Lyon, 11 mars 1993, Vermare, req. n° 89-43181, *Droit adm.* 1993, n° 211 (notation des commissaires de police).

(25) Exemple du juge d'application des peines lorsque ses mesures sont prises pour la bonne marche du service pénitentiaire : CE, 5 février 1971, Ministre de la Justice/Picard, *AJDA* 1971 p. 71. La compétence du juge administratif affirmée ici, et qui conduit, entre autre, à écarter ces actes de la catégorie des «décisions administratives de droit privé», semble tenir en fait à la matière en cause, puisqu'une décision du Garde des Sceaux d'octroi de la libération conditionnelle (articles 730 et 732 de l'ancien Code de procédure pénale) est considérée par le Conseil d'Etat comme relevant de la compétence du juge adminsitratif (Sect., 29 avril 1987, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice/Banque populaire de la région économique de Strasbourg, *R.F.D.A.* 1987, p. 831).

Il est plus délicat d'y rattacher l'intervention, sous forme d'avis, de la chambre d'accusation en matière d'extradition : dans l'arrêt Croissant (Ass., 7 juillet 1978, Rec., p. 292), le Conseil d'Etat

débouche alors sur la compétence du juge administratif. Quant au cas où une personne publique agirait au nom et pour le compte d'une personne privée, la compétence est évidement judiciaire (26).

La seconde série d'hypothèses concerne certains actes pris par des autorités administratives n'agissant pas comme telles. Plus précisément, l'autorité administrative conserve sa qualité (27), mais celle-ci n'intervient pas pour lui ouvrir la faculté d'édiction de normes : elle constitue, par exemple, une qualité pour agir au contentieux, ou implique une compétence dans le cadre d'une instance. En fait, c'est toujours cette faculté d'édiction qui peut se trouver en jeu, mais la proximité d'une autre fonction essentielle du pouvoir, notamment la fonction juridictionnelle, fait perdre à l'acte son caractère administratif au regard du contentieux en faisant prévaloir le critère matériel ; on se rapprocherait alors plutôt de l'hypothèse des actes écartés de la catégorie pour défaut de contenu adéquat ou de caractère unitaire (28), pour exclure de notre champ d'étude de tels actes, car ils n'ont pas, au sens de la définition doctrinale, un contenu de droit privé : c'est la séparation des pouvoirs qui impose la compétence judiciaire. Le premier exemple, et le plus caractéristique, demeure celui des actes pris dans le cadre du service public de la justice, où le partage entre juge administratif et judiciaire, dans la ligne de la jurisprudence Préfet de la Guyane (29), se révèle riche et complexe (30). De même, l'opposition d'une autorité administrative à une sentence rendue dans le cadre d'une conflit du travail est considérée par le juge comme non détachable de la procédure de règlement des différends collectifs du travail prévue aux articles L 209 et suivants du Code du travail (31). Également, les actes pris par le préfet en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 30 de l'ancien Code de procédure pénale (ancien article 10 du Code d'instruction criminelle), l'établissement d'un procès-verbal par un maire ou une autre autorité administrative ou agent public, relèvent bien du juge judiciaire (32), mais pas de notre étude du fait que les éléments de droit public font défaut ou ne sont pas suffisamment présents, que l'objet de droit privé n'est pas caractérisé ou que le titre de compétence du juge judiciaire est particulier, mais surtout parce que l'autorité

---

affirme que la nature de l'avis rendu par cette instance «dans le cours d'une procédure administrative» exclut l'application de l'article 569 de l'ancien Code de procédure pénale ; toutefois, il ne paraît pas possible de parler de "décision" administrative au sens strict.

(26) Ex. : TC, 20 janvier 1986, Arquier, Rec. p. 297 (contentieux de l'adjudication des droits de chasse en Alsace-Moselle).

(27) Il conviendra en fait de s'interroger ultérieurement sur ce point.

(28) Cf. infra.

(29) TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, in *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 86, p. 493.

(30) Pour un résumé et des propositions de simplification, cf. Paul Jung, «Les vicissitudes de la répartition des compétences entre juges administratif et répressif», *JCP* 1978 I 20904 ; cf. également, pour une série d'exemples et une analyse, Roger Pinto, «La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire en matière de contentieux administratif», *AJDA* 1954 I, p. 1 (p. 2 et 3) ; plus largement, cf. Georges Maleville, JCA, fasc. 603 (*Actes ou opérations se rattachant aux jugements des tribunaux judiciaires*)

(31) CE, 22 mars 1985, Dame Gissaud, Rec. T p. 537 (opposition formée par le vice-recteur de Polynésie française, sur le fondement de l'article L 216 du Code du travail, à la sentence rendue par le conseil d'arbitrage de Polynésie en faveur de maîtres contractuels de l'enseignement privé.

(32) Exemple du second : cf. CE, 19 avril 1985, Secrétaire d'Etat aux Postes et télécommunications et à la diffusion/Société CCMC informatique de gestion, Rec. p. 113 (l'appréciation de la régularité du procès-verbal de saisie dressé à titre de sanction pour infraction aux dispositions de l'article L 1 du Code des postes et télécommunications protégeant le monopole pour les lettres, papiers et paquets d'un poids inférieur à un kilogramme échappe à la compétence du juge administratif). Quant aux premiers, une preuve au plan contentieux en est que la validité de tels actes demeure une question préjudicielle pour le juge pénal : cf. Sect., 20 avril 1956, Société Les Quatre Frères, *AJDA* 1956 II, p. 192, concl. Long. Néanmoins, toute intervention du juge administratif ne demeure pas exclue, dans la perspective de la jurisprudence Société Frampar (Ass., 24 juin 1960, Société Frampar et Société France Editions et Publications, in *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 98 p. 584).

publique en présence ne se manifeste pas en tant qu'autorité administrative (33), avec pour conséquence le plus souvent, au plan contentieux, l'affirmation de la non-détachabilité d'une procédure judiciaire. Dans le même ordre d'idées, il semble possible d'éliminer la décision prise sur réclamation contentieuse par le directeur des services fiscaux dans le cadre du contentieux de l'assiette et de l'opposition à contrainte des impositions relevant de la compétence du juge judiciaire, car un tel acte s'inscrit à part entière dans la phase contentieuse fiscale. Il en va de même pour la décision du comptable du Trésor ou de la DGI ou du trésorier-payeur général pour les impôts directs et en cas d'opposition à poursuites.

Cette question de la non-détachabilité s'avère pratiquement complexe, et rend délicate l'analyse de certaines situations juridiques. Ainsi, il a été jugé que les juridictions administratives étaient incompétentes pour se prononcer sur les conclusions tendant à l'annulation d'un commandement à payer émis par un comptable du Trésor pour le recouvrement d'une amende pénale (34).

L'utilisation d'un tel mécanisme, alliée à la rédaction assez ambiguë de la décision en l'espèce, ne permet pas vraiment d'établir si la compétence judiciaire se fonde ici sur le rattachement à l'exécution d'une décision judiciaire (35), ou s'il s'agit de la contestation de la validité en la forme d'un acte de poursuite. Divers éléments permettent cependant d'opter pour la première interprétation. En toute hypothèse, cette situation doit être exclue de l'hypothétique catégorie des «décisions administratives de droit privé» pour défaut de contenu adéquat.

- *Les cas exclus pour défaut de contenu adéquat ou de caractère unitaire*

Sont regroupées sous ce titre les diverses situations dans lesquelles on ne peut considérer que l'acte en question, bien que pris par une autorité administrative (ou tenue pour telle) et relevant, au moins pour partie, du juge judiciaire, ne correspond pas, en ce qui concerne son contenu ou l'articulation de ses divers éléments constitutifs, à la définition exposée supra de la «décision administrative de droit privé». Tout d'abord, il convient d'écarter à ce titre tous les actes administratifs individuels dont le juge civil est amené à connaître au titre de sa compétence fiscale, principale ou accessoire, dans le cadre du contentieux de l'assiette des contributions indirectes et taxes assimilées et de l'opposition à contrainte (36). Certes, on se

(33) Le contexte de l'article 30 du Code de procédure pénale étant peut-être à distinguer de ce point de vue. L'unité organique une proximité certaine des situations

(34) CE, 6 mai 1985, Bouges, req. n° 27 089, Rec. T p. 544.

(35) Il s'agirait alors d'une jurisprudence assez traditionnelle : cf. CE, 18 février 1955, Benoni Mani Ben Mohamed, Rec. T p. 665, *AJDA* 1955 n° 221 (invitation à acquitter une amende correctionnelle) ; CE, 12 avril 1957, Barbier, *AJDA* 1957 n° 276 (ordre de versement à tiers détenteur pour recouvrer une amende et des frais de justice mis à la charge du requérant par un arrêt de cour d'appel) ; CE, 26 avril 1967, Paisnel, Rec. p. 729 (avertissement délivré par un receveur - percepteur en vue du recouvrement d'une somme que le requérant a été condamné à payer par un tribunal de l'ordre judiciaire). De toute façon, dans ce contexte, le commandement est un acte de droit commun précédent la saisie. Sur l'ensemble, cf. Galabert et Gentot, *AJDA* 1962, chron., p. 150.

(36) Cf. articles L 199 et L 281 du Livre des procédures fiscales. La distinction, en matière de recouvrement, entre oppostion à contrainte et compétence du juge de l'impôt, et opposition à poursuite et compétence du juge civil de droit commun, apparaît en soi assez claire, mais se complique par l'effet de l'adjonction nécessaire à la différence de base de multiples objets annexes de litige, parfois proches en pratique ; pour un exemple récent, cf. CE, 27 juillet 1990, B.., Bulletin officiel des impôts n°110 du 10 juin 1991, p.7 (l'opposition à un avis à tiers détenteur aux motifs que le priviège inscrit par le comptable des impôts se trouvait périmé implique la contestation de l'existence et de la partie du privilège du Trésor et relève donc de l'opposition à poursuite et du juge judiciaire) et Cour administrative d'appel de Lyon, 28 février 1991, Bulletin officiel des impôts n° 99 du 23 mai 1991, p. 3 (le priviège du Trésor a bien été étendu par la loi de finances pour 1982 à l'ensemble des majorations et pénalités fiscales, mais la requête par laquelle un syndic soutient que des pénalités encoures en matière de TVA et produites au passif privilégié de la procédure collective ne sont pas exigibles

trouve bien en présence de décisions individuelles caractéristiques de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, relevant du juge judiciaire et touchant des situations de droit privé. Toutefois, en ce qui concerne ce dernier point, il est nécessaire de préciser que, d'une part, les impositions directes concernent tout autant des situations de droit privé, de même que, d'ailleurs, nombre de mesures administratives dans une société libérale ; dès lors, le rapport de simple incidence ne saurait suffire à caractériser une «décision administrative de droit privé». D'autre part, en effet, ainsi qu'il a déjà été précisé plus haut, l'idée de contenu de droit privé (par opposition, mais en complémentarité avec celle d'une forme de droit public) signifie soit que l'acte a un objet considéré comme de droit privé, soit concerne une situation de droit privé, soit s'insère dans des rapports de droit privé (37), ce qui implique une corrélation étroite avec un régime ou des éléments de droit privé. En outre, en toute hypothèse, la relation fiscale est un rapport de droit public, et l'objet de l'acte d'imposition un objet de droit public : le prélèvement contraignant sur le patrimoine ou les revenus particuliers, l'autorisation législative portant sur la possibilité de recourir à la prérogative de puissance publique (38), conçue comme un procédé (39).

La liaison, si intime soit-elle, entre droit public et droit privé ne permet pas automatiquement de considérer un acte comme une «décision administrative de droit privé». En effet, il faut en distinguer l'acte administratif soulevant des questions de droit privé ou conditionné par un acte de droit privé. Une telle réalité renvoie en fait à la notion d'acte complexe (40), ou à celle d'élément d'acte (41) quant à son principe, sans y correspondre d'ailleurs tout à fait. De multiples exemples se présentent, sans qu'on puisse tous les énumérer. Ainsi, il convient d'éliminer le cas d'un décret approuvant les nouveaux statuts d'une association reconnue d'utilité publique (42), d'un acte d'autorisation d'une donation ou d'un legs à une personne publique ou reconnue d'utilité publique (43), d'un arrêté interministériel transformant une société coopérative en une association syndicale de reconstruction (44), d'un décret de reconnaissance d'une fondation (45), d'un arrêté

---

constitue une oppostion à contrainte, contrairement aux allégations de l'administration). La juridiction civile s'avère également compétente en matière de droits de douane, mais, mutatis mutandis, le raisonnement est le même.

(37) Telle est, du moins, la définition qu'en donne M. Lamarque (art. préc., p. 297), et sur laquelle il conviendra de revenir, car il s'agit bien là d'un des points les plus délicats de la proposition de cet auteur.

(38) Cf. l'article 1er de chaque loi de finances initiale.

(39) Cf. Franck Moderne, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse droit, Bordeaux, 1960, dactyl., livre 2, p. 310 et passim.

(40) Cf. Jacques Moreau, «À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français», *Droits* n°7, 1988, p. 75. L'auteur y présente l'acte complexe comme une troisième catégorie d'acte juridique, héritée de la doctrine allemande et se différenciant à la fois par rapport au contrat et à l'acte unilatéral.

(41) Notion développée par Charles Eisenmann dans son cours de doctorat de 1949 -1950 (cf. *Cours de droit administratif*, tome II, L G.D.J., Paris, 1983, p. 9 (notamment p. 183).

(42) Ex.: CE, 15 juillet 1959, Fédération française de tir, Rec. p. 441, *RDP* 1960 p. 317 (refus de reconnaissance).

(43) Ex.: CE, 24 juillet 1936, Bureau de bienfaisance de Saint-Léonard, Rec. p. 856 ; ÇE, 19 février 1964, Sieur Delay, *Droit administratif* 1964 n° 86 ; Civ., 21 février 1956, *JCP* 1956 IV p. 49 ; CE, 10 décembre 1982, Association «Les Amis de Mar Tugdual», *Droit administratif* 1983 n°4.

(44) TC, 20 novembre 1961, Association syndicale de reconstruction de Saint-Nazaire, Rec. p. 74, concl. Chardeau.

(45) Certes, à la différence d'une association reconnue d'utilité publique et à l'instar d'une congrégation, une fondation voit l'existence de sa personnalité morale conditionnée par sa reconnaissance. Néanmoins, cet acte apparaît, pour notre raisonnement, assimilable au cas des associations et demeure, en outre, de la compétence du juge administratif (cf. CE, 20 mars 1908, Société Sainte-Marie, Rec. p. 283). Sur l'ensemble des questions concernant associations et fondations, cf. Long, *Associations*, tome I, 1989, études 262 à 266 ; Robert Brichet, *Etablissements d'intérêt public : associations*, JCA, fasc. n° 170 ; Robert Brichet, *Etablissements d'intérêt public : fondations*, JCA, fasc. n° 165 ; Pierre Langeron, «La tutelle administrative sur les fondations», *R.F.D.A.* 1988, p. 994.

d'extension d'une convention (46), d'une d'homologation, approbation ou d'un agrément d'un acte d'une personne privée (47). Dans toutes ces hypothèses, le recours pour excès de pouvoir s'avère recevable, mais les moyens tirés de la validité de l'acte ou de la convention de droit privé font l'objet d'une question préjudicielle, et, à l'inverse, tout moyen soulevé devant les tribunaux judiciaires ne touchant pas au seul acte de droit privé entraîne de la part de ces derniers une déclaration d'incompétence (48). Les décisions étudiées ici, elles, consistent en la **fusion** d'éléments de droit public et de droit privé, et non en leur articulation. De tout ceci, on pourrait alors déduire un critère pratique de distinction de la «décision administrative de droit privé» par rapport aux actes voisins : en effet, normalement, une telle décision sera celle qui, devant le juge administratif, fera l'objet d'une question préjudicielle quel que soit le moyen soulevé, cependant que le juge judiciaire qui en sera saisi se reconnaîtra entièrement compétent, au nom de la règle selon laquelle l'acte administratif constituerait un bloc par rapport au principe de séparation (49).

• *Les cas exclus du fait de la nature de l'acte et de la compétence du juge*

On entend par là l'hypothèse de la compétence du juge civil pour connaître de la validité en la forme des actes de poursuite dans le cadre du contentieux du recouvrement (50), selon l'action traditionnellement dénommée opposition à poursuites (51). En pareil cas, c'est le juge judiciaire de droit commun qui est appelé à connaître de l'opposition, de manière logique : en effet, le Trésor ou la direction des impôts dispose, pour assurer le recouvrement des impôts et taxes dont il ou elle a respectivement la charge, des voies d'exécution de droit commun (52). L'exception de l'avis à tiers détenteur, moyen d'exécution particulier au droit fiscal (53), semble par ailleurs confirmer la règle : en fait, celui-ci est une forme de saisie-arrêt limitée aux créances privilégiées et ne pouvant porter que sur les deniers, et son effet équivaut à celui d'un jugement de validité de saisie-arrêt passé en force de chose jugée, ce qui fait son originalité et constitue indéniablement un privilège de puissance publique, mais ne modifie pas pour autant la nature de l'acte en question.

(46) Ex. : CE, 4 mars 1960, Société «Le Peignage de Reims», Rec. p. 168 ; du même jour, Fédération Nationale des industries chimiques, Rec. p. 169, *Droit social* 1960 p. 274, concl. Nicolaÿ. C'est à partir de cet arrêt que s'est unifié en la matière l'ensemble de la jurisprudence administrative et judiciaire. Sur l'ensemble du problème, cf. Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1971 (BDP n°103), p. 39 à 89, pour les conventions collectives ; le principe se vérifie en matière agricole.

(47) Cf. TC, 21 juin 1961, Rolland, Rec. p. 866, *AJDA* 1961 p. 606, chron. Galabert et Gentot ; et CE, 25 avril 1979, Ministre des Affaires Etrangères/Ciaudo, Rec. p. 159.

(48) Dans le cas particulier des fondations, le problème de savoir si, en cas de réduction des charges, la volonté du testateur a été respectée, fait normalement l'objet d'une question préjudicielle à l'adresse du juge judiciaire, sauf s'il y a application de la loi du 21 juillet 1927 (reprise et étendue) sur l'organisation des hôpitaux et hospices en cas de réduction administrative des charges attachées à une libéralité lorsque les revenus qui en proviennent sont insuffisants pour assurer l'exécution de celles-là, hypothèse où le juge administratif est compétent.

(49) Cf. Jean-Paul Négrin, «Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire : doit-il passer en plein milieu de l'acte administratif ?», *La Gazette du Palais*, 30 janvier 1986, p. 52 (53). En réalité, ceci est loin d'être une solution générale.

(50) Pour un rappel du mécanisme général, cf. Louis Trotabas et Jean-Marie Cotteret, *Droit fiscal*, 5e éd., Dalloz, 1985, p. 81 à 83 ; Paul-Marie Gaudemet et Joël Molinier, *Finances publiques*, tome 2, 4e éd., Montchrestien, Paris, 1988, p. 324 à 326.

(51) Cf. article L 281 du Livre des procédures fiscales.

(52) Pour les impôts directs, cf. articles L 258 à L 260, L 271, L 272 et L 283 du Livre des procédures fiscales. Dans certains cas limités, le commandement avant saisie n'est simplement pas soumis aux règles générales de validité des exploits d'huissier.

(53) Cf. articles L 262 et L 263 du Livre des procédures fiscales. On n'envisagera pas la vente globale du fonds de commerce et la contrainte par corps, autres voies particulières.

Les situations envisagées ici ne peuvent se rattacher que pour partie seulement à l'hypothèse sus évoquée des actes exclus pour défaut de qualité de leur auteur. En outre, il faut rappeler que le juge est alors compétent uniquement pour les contestations portant sur la forme des actes de poursuite. Enfin, il convient de préciser que les éventuels actes administratifs touchant la procédure du recouvrement, notamment l'avis de mise en recouvrement et la mise en demeure pour les impôts indirects (la contrainte ayant été supprimée, en matière d'impôts directs, par la loi de finances pour 1988), n'entrent pas dans le champ de l'opposition à poursuites et ne relèvent pas non plus de notre étude, pour les mêmes raisons que celles exposées supra concernant les actes exclus pour défaut de contenu adéquat ou de caractère unitaire.

• *Le cas particulier des actes en la forme administrative*

Il convient d'aborder maintenant, pour ne plus en parler, la situation, marginale au regard de notre analyse, des actes dits en la forme administrative. Cette formule ancienne (54) est reconnue par la doctrine classique (55), comme la faculté ouverte aux préfets, maires, présidents de conseil général ou régional et "présidents" de certains établissements publics (ceux rattachés à une collectivité locale, ou regroupant plusieurs collectivités, ainsi que les syndicats mixtes) (56) d'authentifier certains de leurs actes et de les rendre exécutoires de la même manière que s'ils avaient été passés devant notaire ; il s'agit de toutes acquisitions d'immeubles, des échanges d'immeuble avec ou sans soulte, des aliénations d'immeubles à titre onéreux, la loi mentionnant plus généralement «les actes concernant les droits réels immobiliers ainsi que les baux» (57). Ce pouvoir exorbitant est généralement considéré comme une délégation de la puissance publique, à titre personnel, la seule signature de l'autorité compétente conférant le caractère authentique en tant qu'officier public, c'est-à-dire en vertu d'une compétence d'État, bien que l'on puisse également affirmer que l'agent recevant et authentifiant l'acte intervienne en même temps en qualité de représentant de la personne publique qui y est partie. Malgré certaines appellations (58), l'acte en la forme administrative est un simple acte de droit privé et, par ailleurs, il s'agit toujours d'un acte contractuel, ce qui l'exclut déjà de notre champ d'étude. En outre, la règle de consentement y prévaut encore largement, dans la mesure où la personne publique cocontractante à qui cette faculté est ouverte ne peut en imposer l'usage à l'autre partie, de sorte que, si elle peut se distinguer intellectuellement, la décision de recourir à ce procédé ne saurait jamais se détacher concrètement (59). Il faut ajouter qu'un défaut d'accord sur ce point, même si l'on se

(54) Le premier texte intervenu en la matière est l'article 14 du titre II du décret du 5 novembre 1790 relatif à l'administration des biens nationaux, qui dispense certains actes de l'administration du ministère notarial. Par la suite, l'article 1317 du Code civil concernant les actes authentiques, puis les articles 10 et 16 de la loi du 18 juillet 1837 et l'article 56 de la loi du 3 mai 1841, complétés d'une certaine manière par l'article 89 de la loi du 5 avril 1884, s'y sont ajoutés. Aujourd'hui, si l'on met à part une série de textes intervenus à la fin des années 1950 et favorables à l'emploi d'un tel procédé, la question est principalement régie par l'article 98 III de la loi du 2 mars 1982 modifiée et par l'article L 26 du Code du domaine de l'État. Pour une présentation d'ensemble, cf. Eric Boehler, «Des actes en la forme administrative», *Revue juridique du Centre Ouest*, janvier 1991, p. 3.

(55) Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12e éd., Sirey, Paris, 1933, p. 1086 ; Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome III, Giard, Paris, 1926, p. 284.

(56) Sur les difficultés rencontrées dans la détermination de l'autorité compétente, cf. Boehler, art. préc., p. 13 à17.

(57) En revanche, les donations et hypothèques requièrent dans tous les cas le ministère d'un notaire : cf. Boehler, art. préc., p. 18 à 20.

(58) Cf. par exemple Cour des Comptes, 3e chambre, 28 septembre 1972, Sieur L..., comptable de la commune de ..., *Revue du Trésor*, 1973, p. 228, où la juridiction qualifie un tel acte d'administratif.

trouve alors, par hypothèse, dans l'obligation de passer un acte authentique, pourrait trouver une sanction uniquement contractuelle. Et d'ailleurs, au cas même où cette décision s'avérerait juridiquement individualisable, il n'est pas sûr qu'un recours à son encontre soit d'une quelconque efficacité (60).

2) *Les illustrations positives de la définition* (61)

Une fois la délimitation négative de l'ensemble des «décisions administratives de droit privé» sommairement opérée, il semble possible de rechercher quels actes pris par les autorités administratives pourraient relever de cette catégorie, si elle existe. Différents groupes d'actes et régimes juridiques doivent être présentés maintenant par domaine ou matière, ou, du moins, mentionnés et décrits dans ce qu'ils comportent d'intéressant et de probant au regard de notre sujet ; on se bornera ici à envisager cet aspect. Et, dans la logique de la définition proposée, on pourra remarquer que le juge possède alors des pouvoirs dérogatoires de contrôle des actes concernés, ce qui pourrait constituer un facteur d'unité au sein de ce quasi-inventaire «à la Prévert» dont le lecteur voudra bien excuser le caractère un peu fastidieux.

- *Les actes administratifs financiers* (62)

Ce vocable désormais courant en doctrine regroupe l'ensemble des situations juridiques constituant sans doute l'une des illustrations les plus originales de la définition des «décisions administratives de droit privé», notamment par l'emploi de prérogatives de puissance publique caractérisées. On se trouve ici dans le domaine du recouvrement au sens large des créances de personnes publiques (63) et du paiement de leurs dettes. Cette sous-catégorie, pour homogène qu'elle paraisse, se révèle à l'examen suffisamment diverse pour justifier une présentation rapide par type d'actes.

---

(59) Pourrait-on transposer en ce domaine la jurisprudence désormais classique sur la détachabilité de la décision de conclure un contrat (cf. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1990, p. 405 et 406) ?

(60) Cf. réponse du ministre de la Justice à une question écrite du 30 novembre 1981, J.O. Débats, Assemblée Nationale, 22 février 1982, *Revue du Trésor*, 1982, p. 356 et 357 : la décision de recourir ou non à un acte établi en la forme administrative relève de la seule appréciation d'opportunité de la collectivité ou de l'établissement public concerné.

(61) Pour une étude sur les «décisions administratives de droit privé», dont un certain nombre de points sont en contradiction expresse avec la définition de M. Lamarque tout en s'en réclamant, cf. Laurent Richer, «Les recours contre les décsions administratives devant le juge judiciaire (aperçus de droit administratif judiciaire)», *Cah. jur. de l'élect. et du gaz*, 1990, p. 367.

(62) Cf. Christian Lavialle, «Le contentieux du recouvrement des créances des personnes publiques étrangères à l'impôt et au domaine», *Rev. de sc. fin.*, 1976, p. 604.

(63) Ce développement n'inclut pas, vu leur particularisme, les arrêtés de débêt. Tout d'abord, ce procédé de recouvrement très exorbitant du droit commun et exécutoire par lui-même (il vaut jugement exécutoire par provision) voit son domaine d'application limité aux comptables rétentionnaires ou détenteurs de deniers publics, entrepreneurs et concessionnaires de travaux publics et autres cocontractants de l'administration. Par ailleurs, la compétence pour en connaître s'avère exclusivement administrative, même si la créance relevait de la juridiction judiciaire (ex. : TC, 12 juillet 1945, Société Les Docks Frigorifiques du Havre, Rec. p. 278), sans que l'intervention du juge civil ne puisse toutefois se produire jamais (par exemple si le litige ne concernait pas directement l'arrêté ; pour le cas d'un séquestre judiciaire établi après intervention d'un arrêté de débêt, cf. CE, 9 juillet 1954, Rec. p. 437); L'incompétence du juge judiciaire en la matière trouve aujourd'hui un fondement textuel dans l'article 88 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique. En outre, il va de soi que l'on envisage ici seulement les procédures de recouvrement exorbitantes : à défaut, la compétence est par définition judiciaire (cf. Civ. 17 novembre 1954, D. 1955, p. 77, note Lavau), ainsi qu'il a déjà été vu en matière fiscale et sous les réserves alors énoncées.

◊ *Les états exécutoires*

Ils représentent un moyen de recouvrement "énergique". Plus précisément, ils consistent en un état liquidatif de la créance en cause, auquel l'autorité compétente appose elle-même la formule exécutoire permettant de recourir aux voies d'exécution et qui constitue en fait l'essentiel du procédé (64) ; on comprend donc que ce dernier puisse s'appliquer à toutes créances, à la condition qu'elles soient étrangères à l'impôt et au domaine (65). Quant à la détermination de la juridiction compétente pour en connaître, l'article 54 in fine de la loi du 13 avril 1898 dispose simplement qu'une faculté d'opposition demeure ouverte. Ces termes peu explicites se trouvent toutefois éclairés par une jurisprudence ancienne et constante d'après laquelle, contrairement au raisonnement qui pourrait être tenu de prime abord au regard du caractère très exorbitant de cette voie de droit (66), la juridiction judiciaire peut être compétente si l'état exécutoire est utilisé en vue de recouvrer une créance privée, la compétence dérivant ainsi du fond (67). Le recours à une prérogative de puissance publique ne modifie en rien la nature de la créance, sans toutefois que le mode de recouvrement puisse être considéré comme extérieur à la créance, qui en est l'objet (68).

La solution vaut quelle que soit l'autorité administrative habilitée à délivrer l'état exécutoire (69). Il conviendrait, pour être tout à fait exact, de modifier en partie l'énoncé initial pour affirmer que le juge judiciaire est compétent pour connaître de l'opposition lorsque la créance relève de sa compétence : en effet, outre les cas où l'on se trouve bien en présence d'une créance de droit privé, l'attribution légale de compétence à celui-ci pour une créance entraîne sa compétence pour l'opposition (70). Diverses hypothèses peuvent se présenter : remboursement de frais engagés en faveur d'un particulier (71), remboursement de créances nées d'accidents causés par des tiers à des agents ou des biens publics (72), trop-perçu sur des indem-

(64) Dès lors, le caractère général du document (en l'espèce, un relevé récapitulatif des titres de perception) est sans effet sur sa validité (Civ. 1ère, 12 mai 1980, Entreprise Botte/Maire de Paris et autre, BC I, n° 143, p. 116). De même, bien que la loi du 31 décembre 1948 n'ait pas modifié les règles relatives au délai d'opposition contenues dans le décret du 30 octobre 1935 en ce qui concerne les créances des établissements publics, les memes principes que pour l'Etat sont applicables en la matière, dans la mesure où c'est le ministre qui, autorité de tutelle, confère l'exécutoire (Civ. 2e, 10 octobre 1956, Union Départementale des Coopératives Agricoles de l'Hérault/ONIC, *ADJA*, 1956 II, p. 455).

(65) Pour un résumé de la procédure de recouvrement des créances domaniales, cf. conclusions Galmot sur Sect. 3 novembre 1967, Ministre de l'Economie et des Finances et Secrétaire d'Etat au Logement/Sieur Marc, *ADJA* 1968 II, p. 124.

(66) À double titre : possibilité pour l'administration de liquider elle-même sa créance d'une part, faculté d'obtenir directement l'exécution de son titre sans, le plus souvent, avoir à recourir au juge d'autre part.

(67) Le parallèle peut être établi avec la compétence du juge judiciaire en cas d'assignation d'un débiteur à la requête de son créancier. L'état exécutoire peut alors apparaître comme un exposé des prétentions de l'administration, voire comme un préliminaire de conciliation : cf. F. Moderne, *Recherches sur la puissance publique...*, op. cit., livre 2, p. 37. Une telle présentation ne saurait toutefois avoir plus de prétentions que de permettre simplement de comprendre que l'on prend ici en compte avant tout l'objet de droit privé de l'acte et surtout les rapports de droit privé dans lesquels il s'insère : cf. conclusions Guionin sur TC, 12 décembre 1956, Audouin, D. 1957, p. 712.

(68) Cf. CE, 1er juin 1945, Decerf, Rec. p. 115 : le titre de perception ne saurait être détaché de la créance elle-même.

(69) Cf. article 54 de la loi du 13 avril 1898, lois du 31 décembre 1948 (art. 26), du 13 mars 1942 et 24 mai 1951 pour l'Etat ; article 34 de la loi du 10 août 1871 (abrogée en 1982) et décret du 19 août 1966 pour les départements ; article 273 de l'ancien Code d'administration communale pour les communes ; décret-loi du 30 octobre 1955 pour les établissements publics nationaux.

(70) Ex. : CE, 7 avril 1943, Demoiselle Pradeau, Rec. p. 334 (en matière d'aide médicale gratuite) ; CE, 1er octobre 1962, Veuve Roucou, Rec. T p. 917.

(71) Ex. : CE, 2 décembre 1921, Champion, Rec. p. 997 ; Demoiselle Pradeau, préc. ; cf. cependant CE, 30 mars 1984, Hôpital-hospice de Mayenne/Bares, Rec. p. 142 ; CE, 3 juillet 1987, Gramain, Rec. T p. 639 ; TC, 12 janvier 1987, Madame Launay, Rec. T p. 639 ; TC, 26 octobre 1987, Mallard, Rec. T p 649.

(72) Ex. : CE, 7 mai 1947, Mines de Grandcombe, Rec. p. 182 ; TC, 24 juillet 1939, Jaouen, Rec. p.670 (arrêt de principe) ; Com., 23 juin 1952, JCP 1952 IV, p. 125.

nités de guerre (73), recouvrement contre les auteurs d'un attentat de l'indemnité versée aux victimes par l'État, celui-ci étant subrogé (dans les limites de la subrogation) (74), créance née d'un contrat de droit privé (75) se rapportant à la gestion du domaine privé (76), ou résultant d'un quasi-contrat (77). Cette jurisprudence demeure valable et la compétence du juge judiciaire établie en ce qui concerne également le recouvrement des cotisations sociales et familiales du régime général et des régimes spéciaux (78). Compétent au fond, le juge civil (ou consulaire, ou d'exception) connaît également de la régularité formelle de l'état exécutoire (79).

◊ *Les ordres de versement et de reversement*

Il s'agit normalement de simples invitations de payer dépourvues de tout caractère exécutoire, mais constituant des décisions faisant grief (80). Cependant, la jurisprudence se refuse à en déduire, au plan contentieux, une quelconque différence, en ce qui nous concerne, avec les états exécutoires. Les exemples de compétence du juge judiciaire en la matière ne manquent pas : créances concernant des contrats de droit privé (81), ou relatives à l'utilisation du domaine privé (82) et autres. Il s'avère toutefois impossible de conclure à une identité entre ordre de versement, ou de reversement, et état exécutoire. D'ailleurs, un problème s'est posé au contentieux concernant la recevabilité des recours contre le titre exécutoire de recouvrement pris à la suite de l'ordre de versement en cas de non-contestation dans les délais de ce dernier (à distinguer alors, selon certains, d'un ordre de reversement). En effet, pour être exécutoires et devenir ainsi susceptibles de fonder des poursuites, les ordres de versement, qui liquident la créance, doivent être suivis d'un titre exécutoire qui, en plus de l'ordre de payer, contient une seconde liquidation ; dès lors, et de manière apparemment logique, après avoir admis la recevabilité du recours contre les ordres (83) le juge a rapidement posé l'irrecevabilité, en cas de forclusion pour ce qui concerne l'ordre, pour ceux visant le titre exécutoire, tout à fait assimilable à un état exécutoire, et ce conformément à sa jurisprudence en matière d'actes confirmatifs (84) ; il considérait par là le titre exécutoire comme une simple conséquence de l'ordre de versement. Or, on en arrivait à des conséquences extrêmement restrictives et contradictoires avec le mouvement d'ouverture de 1957. En outre, et en toute hypothèse, l'exception d'illégalité de la première décision à l'appui de la seconde

(73) Dame Veuve Roucou, préc.
(74) CE, 31 mai 1974, Cheilan et Tissandier, Rec. p. 330.
(75) Ex. CE, 8 novembre 1929, Piketty, Rec. p. 979 (cession de bois) ; CE, 21 mai 1954, Société des Transports Gondrand, *ADJA* 1954 II, p. 410 (contrat de bail) ; CE, 17 février 1965, Société des Etablissements Mausner, Rec. p. 874 ; CE, 9 juillet 1975, Ministre de l'Economie et des Finances/Société Ascinter Otis, Rec. p. 413 (contrat d'assurance).
(76) Ex. : CE, 12 février 1954, Simon, *AJDA* 1954 II, p. 130.
(77) Ex. : CE, 6 mai 1931, Hertz, D.H. 1931, p. 353 (livraisons effectuées sans contrepartie) ; CE, 17 mars 1948, Bardet, Rec. p. 130.
(78) Ex. CE, 9 avril 1954, Derisbourg, *JCP* 1955 II 8481, note Dufau, AJDA 1954.II, p. 226, note Pinto ; CE, 30 septembre 1955, Talamona, *AJDA* 1956 II, p. 99 ; Sect., 27 juillet 1951, Caisse Mutuelle d'Allocations Familiales Agricoles de la Loire Inférieure, Rec. p. 438 ; TC, 6 juillet 1957, Lasry, Rec. p. 711, D. 1958, p. 297, note Garagnon. Sur l'ensemble, cf. F. Moderne, op. cit., p. 44 à 56.
(79) Cf. CE, 30 juillet 1949, Société des Messageries routières Paris-Lille, Rec. p. 395 ; Civ., 10 octobre 1956, préc.
(80) Point tranché, après des hésitations, depuis CE. 11 janvier 1957, de Francqueville, Rec. p 26, D. 1957, p. 93, concl. Gazier, *AJDA* 1957 II, p. 128, note Drago.
(81) Ex. : 3 février 1954, Fédération nationale des moyens de transport, *AJDA* 1956 II, p. 87.
(82) Ex. : CE 16 décembre 1953, Régie des chemins de fer de l'Indochine, Rec. p. 550.
(83) Cf. de Francqueville, préc..
(84) Cf. CE, 4 octobre 1961, Ministre des Armées/Société Veuve Beaucamp, *AJDA* 1961 II, p. 643, chron., p 608 ; la solution est évidement la même lorsqu'un état liquidatif à caractère décisoire a précédé l'ordre de versement, qui n'est plus lui-même, en cas de forclusion pour ce qui conerne le premier, susceptible de recours : CE, 14 novembre 1957, Société Derecourt, Rec. p. 612. Il va de soi que la recevabilité est admise en ce qui concerne les vices propres de l'acte, ou si le titre exécutoire opère une autre liquidation que l'ordre de versement.

était irrecevable, s'agissant de deux décisions individuelles (85). Le recours a finalement été admis, et l'exception d'illégalité considérée comme recevable, par le jeu de la théorie des opérations complexes (86).

Au regard de notre étude, les conséquences à tirer de cet épisode jurisprudentiel semblent, d'une part, la distinction réelle entre ordres de versement et états exécutoires, d'autre part le respect, en ce qui concerne particulièrement ces derniers, le respect de la condition d'unité de l'acte posée par la définition doctrinale des «décisions administratives de droit privé», en fin, et de manière plus générale, la réaffirmation de la différence entre décisoire et exécutoire.

◊ *Les commandements et autres actes unilatéraux liés à des voies d'exécution*

Normalement, ainsi qu'il a été exposé supra, les litiges relatifs aux voies d'exécution relèvent du juge judiciaire (87). À la différence de la situation envisagée au paragraphe précédent, d'une part, le commandement étudié ici constitue non un acte d'exécution, mais un acte préparatoire à celle-ci ; d'autre part et surtout, les créances qu'il concerne ne sont pas de nature fiscale. C'est, d'ailleurs, pour la raison qu'un tel acte intéresse le contentieux général tout autant que le contentieux fiscal que la jurisprudence est passée de l'incompétence radicale du juge administratif en la matière, en tant qu'il s'agissait d'un acte de poursuites judiciaires (88), à l'admission de sa compétence, mais seulement pour ce qui touche au bien-fondé de créances de nature administrative (89) : en effet, la règle demeure que le juge administratif ne peut jamais connaître de la validité en la forme d'un commandement (90). Dès lors, à l'inverse, le juge judiciaire s'avère compétent également pour ce qui relève du bien-fondé de la créance si celle-ci est privée (91).

On le voit bien : le point commun des différents régimes exposés réside en la prise en compte de la seule nature de la créance en cause. Sans qu'il soit possible, ni nécessaire, de se pencher ici sur le problème de la détermination de cette nature, particulièrement en ce qui concerne les divers prélèvements obligatoires et redevances non fiscaux (92), il convient simplement de rappeler que le mode de recouvrement prévu par les textes, et souvent assimilé à celui des contributions directes ou indirectes, ne confère en rien une nature fiscale à la créance en cause, ni ne détermine le juge compétent (93).

(85) Ex. : CE, 8 mai 1963, Dame Lejeaille, Rec. p. 284.
(86) Sect., 3 novembre 1967, Ministre de l'Economie et des Finances et Secrétaire d'Etat au Logement/Sieur Marc, *AJDA* 1968 II, p. 124, concl. Galmot.
(87) Ex. : TC, 17 décembre 1962, Demoiselle Fleury, Rec. p 829 ; CE, 5 mars 1975, Lance, *AJDA* 1975 p. 418.
(88) Ex. : Sect. 23 janvier 1948, Demoiselle Fromont, Rec. p 29.
(89) Cf. Sect., 13 janvier 1961, Magnier, Rec. p. 33, *RDP* 1961, p. 155, concl. Fournier ; CE ,12 janvier 1962, De Massia, *AJDA* 1962, p. 184, chron. Galabert et Gentot p. 150. Pour l'exposé du principe et de ses limites, cf. chronique préc. ; cf. également CE, 7 février 1986, Ruble, Rec. p. 34.
(90) Il ne peut donc jamais l'annuler, quelle que soit la créance en cause : cf. CE, 22 juin 1963, S.A des Etablissements Lambiotte Frères, Rec. p 390, *AJDA* 1963 p 552, concl. Braibant.
(91) Ex. : TC, 24 mai 1965,Epoux Ponce/Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand, *AJDA* 1965 p 483, note Drago ; TA Amiens, 17 novembre 1987, Charles, Rec. T p 639.
(92) Pour un exposé de cette détermination, cf. *Compétence*, in Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif, n° 242 à 248.
(93) Parmi les nombreux exemples susceptibles d'être cités ici, cf. Epoux Ponce, préc. ; TC, 27 avril 1981, Association des propriétaires du lotissement de la Guichardais/Commune de Redon, req. n° 02.192.

◊ *Les décisions d'opposition de la prescription quadriennale*

Cette question ne concerne plus le recouvrement des créances des personnes publiques, mais la mise en jeu d'un réel privilège aujourd'hui assuré à l'administration débitrice par la loi du 31 décembre 1968 et le décret du 23 février 1981. Le premier de ces textes a impliqué d'importantes modifications au régime de ce procédé, qui n'apparaissent pas toujours à première vue car le principe de base en demeure identique (cf. article 1er de la loi). Pour ce qui nous intéresse, c'est par l'article 8 du texte, qui dispose que «la juridiction compétente pour connaître de la demande à laquelle la prescription est opposée (...) est compétente pour statuer sur l'exception de prescription», qu'un changement fondamental a été apporté : en effet, désormais, la juridiction judiciaire a le pouvoir d'apprécier la régularité et le bien-fondé de la décision de l'autorité administrative opposant la prescription, dès lors que la créance en question est de droit privé (94). Une telle solution apparaît en fait plus comme une interprétation par déduction que comme une application pure et simple des dispositions : celles-ci semblaient surtout avoir pour but de mettre fin à la situation traditionnelle de compétence exclusive en ce domaine du juge administratif et aux questions préjudicielles en résultant (95).

- Les décisions prises par certaines instances

On entend par là la situation relativement récente de certaines «autorités administratives indépendantes» dont les décisions, concernant des situations de droit privé de manière très étroite, relèvent du juge judiciaire. Plusieurs exemples peuvent être cités : celui des décisions du Conseil de la concurrence (96), celui de certains des actes de la Commission des opérations de bourse (97), celui de décisions du Conseil du marché à terme (98). Quelques réserves s'imposent cependant. Tout d'abord, les dispositions mêmes précitées et la jurisprudence qui les illustre restreignent de manière importante le nombre des actes éventuellement concernés (99). Mais surtout, on peut se demander si l'exigence posée dans la

(94) Ex. : Civ. 1ère, 16 juillet 1971, *JCP* 1971 IV, p. 234 ; CE, 30 juin 1976, Commune de Villard-Bonnot, req. n° 92.183.

(95) Ou de l'absence, parfois curieuse, de question préjudicielle : cf. TC, 6 juillet 1957, Saïac, Rec. p. 819, D. 1958, p. 310, note Quermonne analysant les antécédents et le contexte de la décision et la critiquant partiellement. Cette règle, et le changement intervenu depuis 1968, s'expliquent peut-être par le passage de la notion de déchéance au concept de prescription : en effet, la jurisprudence traditionnelle affirmait clairement la différence, le Conseil d'Etat qualifiant la déchéance de mesure d'ordre comptable. En conséquence, cette déchéance ne pouvait être invoquée devant le juge judiciaire qui devait se borner à prononcer ou non la condamnation sans s'en préoccuper : c'est l'administration seule qui avait le droit de prononcer et d'appliquer la déchéance, et seul le Conseil se révélait alors compétent pour connaître de cette décision et trancher les difficultés résultant de son application (ex. : CE, 16 mai 1839, S. 1840 II p. 91 ; Cass., 19 août 1867, S 1867 I, p. 433). Aujourd'hui, l'article 7 de la loi de 1968 organise les modalités d'une véritable prescription.

(96) Cf. article 12 modifié de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (compétence de la Cour d'appel de Paris) ; cf. *Compétence des juridictions administratives*, JCA fasc. n° 606, n°' 185 et 186.

(97) Cf. ordonnance du 28 septembre 1967 dernièrement modifiée par la loi du 2 août 1989 ; cf. Bruno Genevois, «Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires», *R.F.D.A.* 1989, p. 671 (commentaire de la décision 260 DC du 28 juillet 1989). Pour une application récente, cf. Sect., 6 juillet 1990, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt, Rec. p. 206, *AJDA* 1990, p. 907, note Richer : extension de la compétence judiciaire aux actions en responsabilité liées à l'illégalité des décisions relevant de la Cour de Paris (le problème étant alors de savoir si c'est bien celle-ci qui est compétente au sein de l'ordre judiciaire : cf. T.C., 29 mai 1991, Compagnie diamantaire d'Anvers, Bull. Joly 1991, p. 266, § 265, note Faugérolas).

(98) Cf. loi d'unification du 31 décembre 1987 modifiant la loi du 28 mars 1885. Pour une application, cf. CE, 6 mars 1989, Société de bourse JFA Buisson/Chambres de compensation des instruments financiers de Paris, Rec. p. 83, *R.F.D.A.* 1989, p. 627, concl. Guillaume.

(99) Pour la Commission des opérations de bourse : décisions à caractère réglementaire et celles relatives à l'agrément des OPCVM ou des gérants de portefeuille ; pour le Conseil du marché à terme : décision à caractère réglementaire et décisions disciplinaires ; cette dernière exclusion vaut également pour le Conseil des bourses de valeurs. En revanche, alors que la C.O.B. n'est pas compétente pour les

définition des «décisions administratives de droit privé» quant au contenu de l'acte, se trouve, dans notre hypothèse, bien satisfaite : en effet, à l'exception du Conseil de la concurrence, il semble que l'on se trouve plutôt ici dans la situation d'une activité de police du marché en question, qui ne correspond pas vraiment à l'objet de notre étude ; le problème vient en fait de ce que l'autorité administrative collégiale intervient comme élément extérieur à la relation d'affaires en cause, sans que l'on puisse par ailleurs tout à fait affirmer que sa décision a un objet de droit privé ou régit une situation de droit privé au sens où cette expression semble devoir être entendue dans l'esprit de la doctrine (100) (cf. infra). Un cas d'exclusion de la liste semble clair, au regard du paragraphe premier supra : celui d'une décision non détachable d'une procédure judiciaire et prise par une commission administrative (101). En revanche, d'autres situations, n'impliquant pas des autorités administratives indépendantes, semblent correspondre tout à fait (102).

- *Les décisions prises en matière de brevets d'invention et de marques de fabrique*

En ce qui concerne les brevets d'invention, les articles 68 et suivants de la loi du 2 janvier 1968 (103) disposent que toutes les contestations relatives à ladite loi doivent être portées devant les juridictions judiciaires, excluant toutefois les recours formés contre les décrets, arrêtés et «autres décisions de nature administrative» du ministre chargé de la propriété industrielle. Dès lors, les tribunaux judiciaires (plus précisément la Cour d'appel de Paris (104)) sont compétents pour connaître des décisions du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle rejetant une demande de protection et auxquelles la jurisprudence judiciaire reconnaît la nature administrative (105), ou de celles de la commission nationale des inventions des salariés (106). La compétence judiciaire dans ce domaine apparaît en fait comme générale et résiduelle (107).

Quant aux marques de fabrique, l'article 24 de la loi du 31 décembre 1964 modifié par la loi du 30 juin 1975, rompant avec la jurisprudence précédente (108), entraîne la compétence du juge judiciaire concernant les décisions de rejet du dépôt d'une marque prise par le directeur de l'INPI (109).

---

mesures d'agrément professionnel, le Conseil du marché à terme et le Conseil des bourses de valeurs le sont pour les décisions individuelles prises en matière autre que disciplinaire.

(100) Sur la difficulté de départir entre éléments de droit public et de droit privé dans certains de ces cas, cf. conclusions Guillaume, préc., p. 630.

(101) Ex. : CE, 1er février 1989, Société France-Antilles, Rec. p. 43 (commission pour la transparence et le pluralisme de la presse).

(102) Ex. : TA, Paris, 29 septembre 1986, Madame Caillat, Rec. T p. 442 (avis de la commission des travaux d'équipement et d'amélioration dans les immeubles affectés à l'hôtellerie).

(103) Modifiés par l'article 39 de la loi du 13 juillet 1978 et l'article de la loi du 27 juin 1984.

(104) La loi de 1964 sur les marques et celle de 1968 sur les brevets ont été respectivement modifiées par des lois du 26 novembre 1990 et du 4 janvier 1991, un décret du 17 mars 1992 confiant le contentieux des décisions susmentionnées à d'autres cours d'appel que celle de Paris.

(105) Cf. Com., 6 juin 1984, *RTDC* 1985, p. 751, note Chavanne et Azéma. Le juge a refusé d'étendre sa compétence aux litiges en responsabilité du fait des décisions du directeur de l'INPI : Paris, 21 février 1991, Lopez.

(106) Ex. : CE, 13 décembre 1985, Vesque.

(107) Ex. : CE, 24 octobre 1986, Syndicat des inventeurs, inventeurs-salariés, découvreurs, innovateurs et créateurs, Rec. T p. 441.

(108) Ex. : CE, 30 octobre 1970, Société lyonnaise de dépôt et de crédit industriel, Rec. p. 624.

(109) La solution vaut pour les actions en annulation et en réparation relatives à un dépôt de marques : TC, 27 juin 1988, Société "Design programmes" et Tallon, Rec. p. 490.

- Les décisions relatives à la constatation de l'état d'inculture

Par attribution légale de compétence en vertu de l'article 43 alinéa 1er du Code rural issu de la loi du 4 janvier 1978, le tribunal paritaire des baux ruraux est amené à se prononcer sur le bien-fondé des décisions constatant l'état d'inculture (dans le cadre de la mise en valeur des terres incultes) et émanant soit de la commission départementale d'aménagement foncier, soit du préfet qui peut mettre en demeure le propriétaire du fonds d'exploiter celui-ci (110). Cette constatation n'apparaît pas comme un acte purement déclaratif, dans la mesure où, conformément aux articles 39 et 40 du Code rural, elle peut déboucher sur l'attribution à des tiers du droit d'exploiter des fonds délaissés par leurs propriétaires (111).

- Les décisions relatives aux rentes pour accident du travail

Le contentieux de ces rentes étant judiciaire, le juge administratif est, par exemple, incompétent pour connaître d'une décision ministérielle rejetant des demandes de majorations de rente pour accident du travail (112), ou d'une décision refusant le paiement de l'astreinte due en cas de retard dans le versement des rentes (113).

- Les décisions relatives aux rentes viagères

Celles-ci concernent les rentes viagères constituées à la Caisse nationale d'assurances sur la vie, devenue la Caisse nationale de prévoyance. Ainsi, la décision du directeur de la Caisse des dépôts et consignations, organisme gestionnaire, refusant une majorité de rente viagère ne peut être déférée devant le juge administratif (114).

- Des décisions d'autorités administratives en matière économique et commerciale

Certaines hypothèses ont pu être relevées en jurisprudence, dans lesquelles une autorité administrative avait pris un acte régissant directement une situation de droit privé ou intervenant dans des rapports de droit privé : par exemple, le refus du ministre des Finances d'appliquer à une vente de droit privé de nouveaux prix fixés par un arrêté gubernatorial ne peut faire valablement l'objet d'un recours que devant le juge judiciaire, juge du contrat (115).

---

(110) Ex. : TC , 13 février 1984, S.A. Erasol, Rec. p 446, commentaire Négrin à la *Gazette du Palais* du 30 janvier 1986, p. 52, *JCP* 1985 II 20403, note P. Ourliac et M. de Juglart ; CE, 8 décembre 1989, Société Monte-Scopeto, Rec. T p.533.

(111) Pour une démonstration du caractère de décision faisant grief, devant le juge administratif, dans la matière assez proche de la réglementation des cumuls d'exploitations, cf. conclusions Galmot sur Sect., 5 février 1965, Lebras et Charlot, même formation et même jour, D. 1966, p. 289 (290 et 291). Il convient cependant de préciser que les tribunaux administratifs sont alors compétents (article 43 alinéa 2 du Code rural) dans le cadre d'une procédure purement administrative.

(112) Ex. : Sect.,15 octobre 1933, Dame veuve Bréchoire, Rec. p. 921 ; CE, 19 mars 1975, Dame veuve de Francony, req n° 87.554 : cet arrêt prenant en compte l'existence d'un texte spécial sur lequel se fonde la décision, rattache également, à titre subsidiaire, la solution à l'article L 190 du Code de la Sécurité sociale prévoyant la compétence des juridictions spécialisées (le problème ne se posait évidemment pas en 1933).

(113) Ex. : CE, 24 avril 1953, Dame Léauté, Rec. p.190.

(114) Ex. : CE, 21 mars 1958, Chazelas, *AJDA* 1958, p. 399.

(115) Ex. : CE, 9 janvier 1953, Société coopérative agricole "les Planteurs de Sassandra", Rec. p. 20 (contrat de fourniture de café en Côte d'Ivoire).

- Les décisions de bénéfice du délai d'évacuation ou du droit au maintien dans les lieux prises en vertu de la loi du 24 mai 1951

L'article 10 de cette loi ouvre le bénéfice aux administrations publiques locataires d'immeubles ou bénéficiaires de réquisitions d'un délai d'évacuation à l'expiration du bail ou du titre, ou du maintien dans les lieux en vertu de la loi du 28 février 1950. Dans ce contexte, la décision de l'autorité administrative compétente d'user de ces facultés relève du juge judiciaire (116).

- Les décisions relatives aux droits des personnes (117)

Plusieurs cas différents sont ici à envisager.

◊ *L'état des personnes*

L'ancien article 326 du Code civil disposait que «les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état», entendues au sens large. L'article 311-5, issu de la loi du 3 janvier 1972, ne le prévoit plus textuellement que pour la filiation, mais le principe traditionnel de compétence judiciaire demeure intact en jurisprudence, aux quelques classiques exceptions près (118). Ainsi, pour ce qui concerne les actes, le juge judiciaire est-il compétent en matière d'état -civil (119), à condition qu'il s'agisse de véritables actes d'état-civil (120), ou pour des décisions touchant à la disposition du nom (121) De même, c'est le juge

(116) Ex. : 6 juillet 1955, Bayens, Rec. p.389, concl. Mosset ; CE, 19 décembre 1956, Sieur Igounet, Rec. p. 490. Quant à la délibération de la commission départementale de contrôle des opérations immobilières autorisant obligatoirement l'administration à recouvrir à cette possibilité, le raisonnement du juge apparaît quelque peu différent : il s'agit d'un simple avis, ou d'une autorisation, qui n'est pas détachable et contre lequel on ne peut donc invoquer de vice propre devant le juge de l'excès de pouvoir, à la différence de la décision de maintien ; cf. CE, 6 décembre 1955, Epoux Pamis ; Sieur Igounet, préc.; concl. Mosset, préc., p.392 et 393.

(117) Cf. M. Gal, «La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne, qu'il y ait ou non voie de fait administrative», JCP 1951 1927 : il existe «un principe réservant à l'autorité judiciaire la protection des droits attachés à la personne», état, capacité civile et électorale, intégrité physique, liberté sous toutes ses formes, domicile, propriété, «tous les droits fondamentaux qui, au regard de notre organisation politique, ne peuvent etre détachés de la personne sans que celle-ci perde, du même coup, son caractère». Au vu de ce qui a été dit et exposé supra, nous n'envisagerons ici ni ce qui concerne la "liberté sous toutes ses formes" à l'exclusion de certaines formes de la sureté, ni ce qui touche à la propriété, dans la mesure où, le plus souvent, le juge judiciaire, dans le cadre d'une opération administrative, est amené à en connaître sous forme de question préjudicielle, et surtout est presque toujours compétent relativement aux conséquences, notamment pécuniaires, mais peu souvent quant à la validité des actes en cause : cf. Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome 1, 3ème éd. L.G.D.J., Paris, 1984, p.639.

(118) Pour leur rappel, cf. JCA fasc. n° 606, préc., n° 34 à 56.

(119) Le maire ou une autre autorité (ou un agent) agit alors en qualité d'officier d'état-civil, forme particulière de sa compétence administrative se rattachant pleinement à la fonction exécutive. Ex. : CE, 6 février 1905, Nieul, Rec. p.130 (acte de naissance) ; CE, 26 octobre 1917, Brossier de Buros, Rec. p. 693 (refus de mentionner un titre de noblesse sur un acte de décès); CE, 11 décembre 1935, Dame veuve Selkine, Rec. p. 1179 (refus d'inscrire la mention "Mort pour la France") ; Civ. 8 novembre 1955, Bouchara, *AJDA* 1956 p.101 (acte de décès d~un déporté transcrit sur demande du ministre) ; CE, 8 décembre 1926, Guillaume, Rec. p. 1086 (radiation par décision ministérielle d'une mention sur un acte de décès) ; CE, 18 mars 1981, Bertin, Rec. p. 191 (refus de communiquer des registres d'état-civil anciens, mais de moins de cent ans d'âge : cf. TC, 19 avril 1982, Bertin, Rec. p. 455), cette décision montrant à quel point la compétence judiciaire s'avère large en la matière, et l'état-civil protégé. Les mêmes principes jouent pour le registre matriciel des naissances des Français par acquisition (cf. CE, 22 novembre 1967, Bogas, Rec. T p. 736).

(120) C'est-à-dire d'actes pris en une forme particulière et destinés à reconnaître et fixer un droit. Dès lors, les anciens certificats de vie et bonnes moeurs (ex. : TC, 26 juin 1897, Préfet de l'Aisne, Rec. p. 499) ou les cartes d'identité consulaires (ex : CE, 26 juillet 1982, Guichenne, Rec. p.494) ou la carte nationale d'identité (ex : CE, 30 octobre 1968, Fari, Rec. p.529) relèvent du juge administratif.

(121) Ex. : TC, 22 juillet 1922, Crastin/Pascal et autres, Rec. p. 651 (recours contre une décision d'inscription d'un nom sur un monument).

judiciaire qui est compétent pour connaître des décisions relatives aux décisions de mariage posthume (122), en tant que juge de la validité du mariage (123).

Dans le cadre du rôle de tutelle qu'elle est amenée à jouer à l'égard des enfants abandonnés, l'administration prend également diverses décisions dont certaines relèvent du juge judiciaire (124). Traditionnellement, il s'agit des mesures prises par le préfet en tant que tuteur des pupilles de l'État : par exemple, celles concernant la gestion des biens de pupille (125), ou le refus de remettre un enfant à ses parents à la suite de sa reconnaissance (126). Dans un souci d'unification, la loi du 6 juin 1984, prolongeant le transfert de la compétence de l'admission administrative comme pupille, du préfet au président du conseil général (127), a confié le contentieux de celle-ci au juge judiciaire (le tribunal de grande instance, compétent en matière d'état des personnes, et non le juge des tutelles) (128).

◊ *La nationalité des personnes physiques*

Aux termes de l'article 124 du Code de la nationalité, le tribunal de grande instance se voit reconnaître une compétence exclusive en la matière. Si cette disposition entraîne fréquemment une question préjudicielle devant le juge administratif, son incidence quant aux actes des autorités administratives apparaît plus limitée. Néanmoins, quelques exemples sont à mentionner : ainsi, le juge judiciaire connaît de la régularité des certificats de nationalité (129), ou de la légalité d'un refus d'enregistrement d'une déclaration souscrite en vue de se faire reconnaître la nationalité française '130) ou déclinant la nationalité française (131).

◊ *La capacité des personnes*

De manière générale, cette question relève de la compétence du juge judiciaire, qui possède, pour en connaître, de larges pouvoirs, comme celui notamment d'apprécier la légalité d'un règlement (132). On y rattache l'ensemble des questions touchant à la capacité électorale, ce qui implique que relèvent du juge judiciaire les décisions de radiation ou d'inscription sur les listes électorales établies pour les élections tant politiques qu'administratives (133). Toutefois, il demeure de

(122) Ex. : Sect., 25 octobre 1963, Sieur Compain, Rec. p.504, *AJDA* 1963 p. 618, concl.Dutheillet de Lamothe ; CE, 19 février 1964, Delay.
(123) Cf. conclusions Dutheillet de Lamothe, préc., p. 629 et 630. Pour ce qui concerne le juge compétent au sein de l'ordre judiciaire, cf. *Etat et capacité des personnes*, in Encyclopédie Dalloz Droit civil, n° 161 à 215.
(124) Il s'agit de l'institution de la tutelle des pupilles de l'Etat, qui doit être distinguée de celle, plus récente, de la tutelle d'Etat, avec laquelle elle entretient des rapports complexes : cf. Claire Geffroy, *Tutelle d'Etat*, in Jurisclasseur civil, fasc. n° 26.
(125) Ex. : CE, 18 juillet 1936, Epoux Faure, Rec. p.800.
(126) Ex. : TC, 12 décembre 1908, Epoux Toussaint/Assistance publique de Paris, Rec. p. 1036, concl. Teissier ; Tribunal civil de Toulouse, 17 mars 1955, Estebenet, *AJDA* 1955 II p. 305, note Pinto ; TA Nantes, 18 avril 1958, Demoiselle Petit, Rec. p.712. De tels actes sont classiquement considérés comme des actes de tutelle : cf. conclusions Teissier, préc., p. 1036.
(127) Cf. loi du 22 juillet 1983. Désormais, l'autorité ici compétente et le tuteur sont donc distincts.
(128) Ex. : CE, 11 juillet 1988, Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi/Demoiselle Remadnia, Rec. p. 293, *Rev. trim. de droit sanit. et soc.*, 1990, p. 201, concl. de Clausade.
(129) Ex. : CE, 22 juin 1974, Lo Monaco, Rec. p. 206. Deux importantes remarques s'imposent toutefois ici : d'une part, ces certificats sont délivrés par le juge d'instance, certes dans l'exercice de ses attributions administratives et soumis au pouvoir hiérarchique du Garde des Sceaux ; d'autre part, de tels actes n'apparaissent que comme des actes déclaratifs.
(130) Ex. : CE, 25 mai 1970, Saïah ben Ahmed et autres, Rec. p. 340.
(131) Ex. : Civ. 27 avril 1926, *Gazette du Palais* 1926 II p. 83 (règlement administratif en matière de biens de mineurs).
(132) Ex. : Sect., 5 juin 1972, Elections du Blanc, Rec. p. 415, *RDP* 1972 p. 1545, concl. Bertrand.
(133) Cf. *Contentieux électoral*, JCA fasc. n° 760, n°91 à 98 ; Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1982, p.519 et 520.

principe que le juge de l'élection, c'est-à-dire le juge administratif dans certaines hypothèses, peut connaître de telles actions (134).

◊ *Un cas touchant à la liberté individuelle : les décisions d'internement d'office*

Ce cas regroupe les arrêtés préfectoraux pris en vertu de la loi du 30 juin 1938 (aujourd'hui modifiée (135), mais les solutions semblent appelées à demeurer les mêmes) et dont le juge judiciaire est amené à apprécier le bien-fondé (136), cependant que la compétence du juge administratif subsiste pour tout ce qui concerne la régularité de la décision et les vices propres dont elle est atteinte (137). À titre connexe, pourrait-on dire, les tribunaux connaissent également des décisions des commissions administratives des hospices et hôpitaux concernant la gestion des biens des aliénés (138).

- Les décisions de remembrement urbain

À la différence du remembrement rural, le contentieux de ces décisions appartient à des commissions spéciales (139) auxquelles la jurisprudence a reconnu la qualité de juridictions de l'ordre judiciaire, mais dont la compétence est strictement limitée aux litiges prévus par les textes (140).

- Des décisions concernant les rapports entre bailleurs et locataires

Si, pour ce qui concerne les décisions de bénéfice du délai d'évacuation ou du maintien de la loi du 24 mai 1951, on avait affaire à une législation spéciale, des situations relevant de notre étude peuvent se présenter dans le cadre de rapports de droit commun. Celles-ci concernent l'administration, soit comme bailleur ou preneur (141), soit intervenant dans des relations de ce type (142).

- Pour le dernier cas , son importance et son caractère très connu et développé entraîneraient de trop longs développements et justifient qu'on en fasse simplement mention : il s'agit des les actes, y compris caractérisés par l'usage de prérogatives de puissance publique, concernant l'"aide" sociale : l'article L 190 du Code de la Sécurité sociale prévoit une compétence générale au profit de juridictions spécialisées en la matière, relevant de l'ordre judiciaire. Cette compétence concerne les personnels privés comme les agents publics (143) et couvre l'ensemble des pres-

(134) Ex. : CE, 13 octobre 1965, Taborski, Rec. p. 510.
(135) Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitamlisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *JO* du 30 juin 1990, p. 7678 ; cf. Marc Debène, commentaire à l'*AJDA* 1990, p. 871.
(136) Ex. : CE, 8 janvier 1959, Chirpatris, Rec. p.19 ; CE, 23 novembre 1966, Berneur, Rec. p. 902 ; CE, 4 décembre 1968, Planchon, Rec. p. 614 ; CE, 18 mars 1970, Bila, Rec. p. 195 ; CE, 22 octobre 1986, Madame Doursoux, Rec. p. 242.
(137) Ex. : CE, 31 mars 1989, Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation/Lambert, *AJDA* 1989, p. 308, chron. Honorat et Baptiste.
(138) Ex. : Sect., 2 novembre 1956, Sieur Biaggini, Rec. p. 411.
(139) Lois du 11 octobre 1940 et du 12 juillet 1941.
(140) Ex. : CE, 28 juin 1954, Baugas, *AJDA* 1954 II, p. 407 (arrêtés préfectoraux portant attribution provisionnelle) ; a contrario, CE, 3 mars 1958, Dubreuil, préc. T p. 1050.
(141) Ex. : CE, 19 novembre 1971, Demoiselle Leduc, Rec. p. 688 (révocation) ; CE, 12 juillet 1967, Demoiselle Montaut, Rec. p. 874.
(142) Ex. : Soc., 4 mai 1960, Dupuis, BC IV p. 347 ; Soc., 12 juin 1958, BC IV p. 536 (deux affaires concernant les loyers HLM). Sous réserve de la jurisprudence ultérieure (Jure et Orbier notamment).
(143) Ex. : TA Poitiers, 18 décembre 1985, Madame Corde, Rec. T p. 540 ; CE, 2 octobre 1981, Di Schino, req. n° 31.667. Dans ce cas, cependant, la compétence légale ne joue que pour ce qui concerne les prestations sociales, et non celles liées au statut ; dès lors, la règle doit être que la

tations qui s'y rattachent. Il s'agit sans doute du cas le plus proche de la définition (ou la tentative de définition) des «décisions administratives de droit privé».

Deux situations particulières et quelque peu marginales, au regard de notre étude, doivent être envisagées : d'une part, les actes de gestion du domaine privé (144), d'autre part les actes de "gestion privée" des services publics. Le concept de "gestion privée" est généralement daté des conclusions Romieu sur l'arrêt Terrier du 6 février 1903, et a fait depuis florès. Il concerne tant les services publics administratifs que les services publics industriels et commerciaux dans leurs rapports avec leurs usagers et une partie de leur personnel (145). Il convient de mettre à part le cas des services publics dits sociaux (146). On rappellera également que la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, qui transforme les deux directions générales correspondantes en deux personnes morales de droit public, prévoit, en son article 25, que les relations de la Poste et de France Télécom avec leurs usagers sont régies par le droit commun et portées devant les juridictions judiciaires «à l'exception de ceux qui relèvent, par nature, de la juridiction administrative». Ces deux hypothèses doivent être mises à part, dans la mesure où l'utilisation de prérogatives de puissance publique y est restreinte, par hypothèse (147), à quelques cas (il conviendrait même alors, pour être le plus exact possible, de distinguer entre gestion du domaine privé et gestion privée des services publics).

Enfin il convient de signaler divers aspects. Le premier concerne une hypothèse que l'on pourrait qualifier d'"historique" de «décision administrative de droit privé» : il s'agit de la faculté de déclaration unilatérale de nullité des contrats passés entre le 16 juin 1940 et la libération de leur territoire par les communes en vertu de la loi du 30 juillet 1947 (148) ; ces dispositions ont été appliquées à des contrats de droit privé (149). Par ailleurs, on doit rappeler le fait intéressant que, pour la jurisprudence, des actes pris illégalement dans une matière relevant par nature de la compétence judiciaire ne sauraient modifier la répartition juridictionnelle, de telles interventions étant réputées ne pas avoir le caractère d'actes administratifs (150). On peut également mentionner quelques cas de «décisions administratives de droit privé» peu sûres en jurisprudence et controversées en doctrine (dans un sens positif ou négatif,

---

compétence ne dépend pas de la qualité des personnes, mais de la nature même du différend (TC, 19 avril 1982, Mourlane et autre/Ministre de l'Education, req. n° 02.216).

(144) Cf. par exemple J. Lamarque, op.cit., p. 379 ss. Illustrations : Sect., 15 février 1963, Sieur Chaussé, Rec. p. 93 ; CE, 13 novembre 1987, Secrétaire d'Etat chargé de la Mer/Madame Amiot, Rec. 358 ; CE, 23 juillet 1931, Dame Grand d'Esnon, Rec. p. 837 (autorisation d'occuper une dépendance) ; CE, 9 janvier 1942, Société des Sablières de Féron, Rec. p. 17 ; CE, 21 octobre 1974, Lambourdière, Rec. T p. 902 (barême de location d'appartements inclus dans le domaine privé de la Ville de Paris) ; CE, 20 janvier 1984, SC du Domaine du Bernet, Rec. p. 12 (permission de voirie sur le domaine privé).

(145) Cf. Auby et Drago, op.cit., 2ème éd., p. 438 ss, 3ème éd., p. 577. Illustrations : CE, 21 avril 1961, Dame Agnesi, D. 1961 p. 535, note F.B. (service en régie) ; CE, 11 juillet 1958, Commune de l'Entre-Deux, *AJDA* 1958 II, p. 400 (idem).

(146) Cf. Auby et Drago, op.cit., 3ème éd., p. 467 ss.

(147) Pour ce qui concerne la gestion privée des services publics, on se trouve par définition dans la situation de l'administration considérée, ou se considérant, comme un particulier, étant précisé que l'assimilation totale est impossible.

(148) Cf. Jean Lamarque, *Recherche sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1960, p.164.

(149) Ex. : CE, 29 avril 1955, Consorts Noual, Rec. p. 377.

(150) Ex. : CE, 29 octobre 1952, Delsuc, Rec. p.478 ; CE, 15 janvier 1954, Société colombophile L'Hirondelle, Rec. p. 32. Sous la réserve de la jurisprudence Jure et Orbier (cf. infra).

d'ailleurs); un exemple récent peut être évoqué ici en matière de licenciement (151). Dans d'autres cas, en revanche un tel régime serait plutôt souhaité (152).

b) Les pouvoirs du juge

De manière générale, le juge judiciaire, dans tous les cas énoncés supra, connaît au moins du fond de l'acte ; dès lors, quelle qu'en soit la raison, l'autorité judiciaire est appelée à apprécier la validité au fond d'un acte émanant de l'administration et que nous considérerons, pour l'instant du moins, comme un acte administratif. On l'a bien remarqué : à l'exception des pouvoirs qu'il détient en tant que juge civil fiscal et de l'hypothèse de la voie de fait, il s'agit là d'une situation dérogatoire par rapport aux principes régissant la compétence des juridictions judiciaires à l'égard des actes administratifs, dont il faut d'ailleurs préciser qu'ils jouent lorsque celles-ci sont saisies à titre incident (153). On rappellera de même l'évidence que les tribunaux ayant à connaître d'actes administratifs sont souvent amenés à appliquer les règles de droit public, ce qui ne va pas sans poser certaines difficultés théoriques et pratiques (154). Au-delà de cette réalité de base, le constat qui s'impose est celui de la diversité. Il serait même possible d'établir une échelle des situations en la matière, en partant des cas où le juge judiciaire ne peut connaître que d'une partie des éléments de l'acte (en l'occurrence le fond de celui-ci, qu'il s'agisse pour lui d'en apprécier le bien-fondé (155) ou simplement la validité (156) pour arriver à ceux où le magistrat saisi dispose d'un pouvoir d'annulation de la décision (157). De fait, ainsi qu'il a été constaté à propos des autorités administratives indépendantes (158), il apparaît que l'on retrouve plus ou moins les formes propres au contentieux administratif et la distinction entre excès de pouvoir et plein contentieux et un contrôle identique ou presque à celui du juge administratif, qu'il s'agisse de l'obligation de motiver, de l'abrogation ou du retrait des actes concernés, ou des limites rencontrées par le juge dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire (159).

Cette liste, un peu longue et morcelée, et de lecture fastidieuse, demeurait nécessaire pour chercher à établir un inventaire aussi complet que possible des actes susceptibles de constituer des «décisions administratives de droit privé», et complétant éventuellement les hypothèses envisagées par M. Lamarque. Ainsi, on pourra maintenant examiner si cet ensemble est à même de constituer une catégorie juridique.

---

(151) Cf. Emeric Cristallini, «Le principe de la séparation des pouvoirs entre le juge judiciaire et le juge administratif en cas de licenciement», *Le Quotidien juridique*, 7 février 1991, p.3 (7).

(152) On peut citer l'hypothèse des arrêtés préfectoraux d'attribution des biens sans maître : cf. note Auby sous TC, 21 mars 1983, Monsieur et Madame Dumanchin (et Epoux Raphanel, affaire du même jour), *RDP* 1983 p. 1629.

(153) Pour un rappel, cf. Auby et Drago, op.cit., p. 693 à 698, et Long, Weil, Braibant, ... op.cit., commentaire sous TC, 16 juin 1923, Septfonds, n° 44, p. 243.

(154) Sans pousser plus loin l'analyse ici, on peut déjà renvoyer à Prosper Weil, «À propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles de droit public ou : les surprises de la jurisprudence Giry», in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p.379.

(155) C'est le cas en ce qui concerne les arrêtés d'internement d'office (cf. Chirpatris, préc.) ou la décision de refus de restitution d'un pupille (cf. Paris, 1ère ch., 19 mars 1959, Jean Arr/Directeur de l'Assistance publique de la Seine, *JCP* 1959 II 11155, note Raynaud).

(156) Pour les arrêtés constatant l'état d'inculture, par exemple (cf. Société Erasol, préc.).

(157) Par exemple dans le nouveau contentieux de l'admission comme pupille de l'Etat, ou pour les états exécutoires.

(158) Cf. Pierre Delvolvé, «La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières», *Bulletin Joly* 1990 p.499.

(159) Cf. Pierre Delvolvé, «La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative», in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47 (58 ss et l'intéressante jurisprudence citée). Cf. également L. Richer, art. préc., p. 373 ss. Pour une anlyse plus ancienne de la question, cf. Thierry Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, L.G.D.J., Paris, 1966, p. 81 ss.

B - EXISTE-T-IL CEPENDANT UNE VÉRITABLE CATÉGORIE ?

Une fois opérée la relation de l'existence d'actes présentant des caractéristiques communes et singulières, et susceptibles de correspondre à la définition doctrinale, il s'agit désormais de rechercher et déterminer, à l'instar de l'auteur de celle-ci, si cet ensemble constitue à proprement parler une catégorie juridique. Dès lors, une réflexion préalable sur ce qu'est une catégorie juridique s'impose, s'illustrant et se prolongeant dans l'analyse, au regard de la définition exposée, des tendances du droit positif, la meilleure des contre-épreuves en droit administratif.

a) Notion et détermination de la catégorie juridique

Instrument essentiel de la connaissance et de l'application du droit, objet d'une réflexion renouvelée depuis un certain nombre d'années, la notion de catégorie juridique n'en demeure pas moins délicate à cerner (160). De manière presque intuitive cependant, il est possible de percevoir qu'elle renvoie à l'idée d'un ensemble au sein duquel différents éléments, définis ou non en soi, se trouvent réunis par des liens constant et nécessaires, et qui présente une relative homogénéité. Tel est bien le premier aspect de la définition d'une catégorie, qui engendre une première série de problèmes. D'une part, en effet, comme pour toute définition, la détermination des «décisions administratives de droit privé» en tant que catégorie juridique oblige à la détermination, selon la formule classique, de la «differentia specifica» et du «genus proximum» (161), et, plus précisément, du «trait commun et différentiel» (162). D'autre part, et de manière connexe, se pose la question de la méthode : en effet, on pourrait bien envisager que, comme dans le cas de certains concepts juridiques, la définition, ou plus exactement, la détermination d'une catégorie soit opérée par le jurislateur ; cependant, dans la grande majorité des cas, c'est la doctrine qui l'induit des données et des régimes que lui fournit le droit positif. De celui-ci, elle ne saurait, au risque de commettre des erreurs épistémologiques majeures, attendre que du "matériau brut", de sorte qu'aucune "autoqualification" par le droit positif ne doit être considérée comme intangible (163). Dès lors, il convient de garder présent à l'esprit qu'aucune catégorisation, non plus qu'aucune conceptualisation, n'est neutre ou équivalente à un quelconque absolu scientifique (164).

Le second aspect de la définition d'une catégorie réside dans son caractère "existentiel" en quelque sorte, dans la mesure où sa valeur et son exactitude seront largement mesurées à sa portée opératoire : en effet, une catégorie doit permettre une application cohérente du droit en facilitant notamment l'opération de qualification d'une situation. D'un élément, ou de la réunion de plusieurs éléments, on pourra ainsi déduire une qualification, et surtout un régime juridique. Cette considération entraîne une seconde série de problèmes : déterminées en vue d'une meilleure application du droit, «les catégories juridiques n'ont pas d'autre valeur que celle que leur confèrent les réalités qu'elles prétendent traduire ; il ne s'agit que d'un procédé purement intellectuel, d'un artifice technique de mise en service des réalités juridiques, qui ne doit jamais, par un excès de rigidité, permettre de les

(160) Sur l'ensemble du problème, cf. Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1985, p. 217 à 232, et les auteurs cités.
(161) Cf. Charles Eisenmann, «Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique», *Archives de philosophie du droit*, tome XI, (1966) Sirey, p. 26 (31).
(162) Ibid., p. 37.
(163) Ibid., p. 35.
(164) Cf. Christian Atias, *Epistémologie juridique*, PUF - Droit fondamental, Paris, 1985, p. 152 à 157.

dénaturer» (165). Ce double trait caractéristique de la catégorie juridique, à la fois sa nécessaire souplesse et sa finalisation, rend l'appréhension de sa réalité d'autant plus délicate : comme il a déjà été dit, la détermination des éléments dits "scientifiques" d'une catégorie, l'arrêté des critères de similitude et de disparité permettant son individualisation résultent d'un choix et doivent être pris en compte au regard de la «somme de savoirs préalables», pour reprendre l'expression de M. Jean Parain-Vial, qui constitue la base implicite du travail de tout juriste. Par ailleurs, une catégorie juridique emporte inévitablement un certain degré de variabilité. Dans une telle perspective, les différentes étapes déjà accomplies de notre analyse pourraient permettre de conclure à l'existence des «décisions administratives de droit privé» en tant que catégorie d'actes se caractérisant par ses critères propres et se distinguant de notions voisines. Cette présentation rapide de l'idée de catégorie juridique, à ce seul stade et avant même la contre-épreuve "pratique", tend cependant à faire ressortir déjà quelques limites de cette assimilation ou, du moins, suggère certaines remarques. Tout d'abord, les «décisions administratives du droit privé» n'apparaissent pas tant comme une catégorie à part entière que comme une sous-catégorie : en effet, au sein des critères retenus pour définir un ensemble d'actes ou de situations, s'opère le plus souvent une hiérarchisation qui conduirait, en l'espèce, à considérer lesdites décisions comme une variétés d'actes administratifs. Par ailleurs, on peut se demander si les «décisions administratives de droit privé» ne constituent pas plutôt l'intersection entre plusieurs autres catégories dont elles empruntent divers traits respectifs sans pouvoir former un groupe suffisamment homogène. Il s'agit là, en fait, de questions que l'analyse du droit positif pourrait permettre de résoudre.

b) La recherche de l'existence de la catégorie au regard du droit positif

Élément par essence opératoire et "existentiel", une catégorie ne peut se forger ou s'épanouir que dans le droit positif. De là résulte un éventuel paradoxe : à sa valeur cognitive relative doit faire pendant une valeur heuristique absolue. Pour pallier cet inconvénient théorique, il convient donc que la catégorie juridique révèle un degré de fiabilité et d'efficacité suffisant quant aux deux éléments qui la caractérisent : sa structure et sa portée juridique. Or, si l'inventaire du droit positif a permis de dégager l'existence d'actes susceptibles de correspondre à la définition doctrinale des «décisions administratives de droit privé», l'analyse du même droit positif semble faire ressortir des défaillances quant à la portée juridique de l'éventuelle catégorie, et des défauts quant à sa structure.

1) Les défaillances dans la portée juridique de la catégorie

Il s'agit d'apprécier ici si l'éventuelle catégorie des «décisions administratives de droit privé» possède une partie juridique opératoire suffisante pour pouvoir être vraiment considérée comme telle et remplir pleinement sa mission qui, pour reprendre l'expression de Bonnard, consiste à «mettre à la dispositiôn du droit, sous forme d'idées, dotées d'un coefficient de généralité plus ou moins élevé, des instruments techniques indispensables». À cette fin, il convient d'entreprendre l'analyse de la jurisprudence, divisée ici entre les trois grands ensembles concernés.

(165) J.L. Bergel, op. cit., p. 218.

• *La jurisprudence administrative*

De manière générale, on peut considérer que la jurisprudence du Conseil d'État, du Tribunal des conflits et des tribunaux administratifs atténue singulièrement le rayonnement des «décisions administratives de droit privé» en tant que catégorie, ainsi que des éléments qui les caractérisent. L'explication principale à ce phénomène réside sans doute en la portée du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, celle-ci se manifestant particulièrement sous trois formes. Par ailleurs, le groupe desdites décisions est entaché de variabilité, défaut critique pour un instrument de connaissance juridique et d'application du droit.

- L'effacement des "blocs de compétence"

Amorcée dès la fin de la seconde guerre mondiale (166), esquissée dans quelques domaines (167), la doctrine dite des "blocs de compétence", formulée dans un souci de simplification de la répartition des compétences, s'était surtout exprimée dans l'arrêt El Hamidia du 5 février 1954 (168), rendu sur les conclusions Mosset que l'on peut considérer comme la référence originaire en la matière. Cette solution de ne prendre en compte ni le critère organique, ni même la présence de prérogatives de puissance publique, et de pousser jusqu'au bout l'application du principe selon lequel «la compétence suit le fond», ne faisait que confirmer ce que l'on admettait déjà en matière de Sécurité sociale (169), et ouvrait surtout des perspectives considérables par la consécration du caractère attractif de la notion de «rapports de droit privé» : désormais, même dans l'hypothèse où l'administration ne serait pas partie à la relation, son intervention, même par un acte administratif, même dans l'exercice de ses prérogatives, relèverait du juge judiciaire. C'est cet aspect, le plus sujet à controverse, qui a été finalement abandonné après avoir été critiqué (170). Une étape majeure de cette progressive rupture demeure sans doute l'arrêt Allegretto (171) ; les conclusions de M. Galabert sur cette affaire d'attribution de carte de docker professionnel semblent fixer la ligne tenue depuis par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits : une semblable dérogation aux principes généraux de répartition des compétences ne doit être maintenue ou créée que s'«il existe réellement un lien rigoureux entre la légalité de la décision administrative et l'appréciation des rapports de droit privé» (172). Par ailleurs, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont condamné, semble-t-il de manière définitive, la théorie de la substitution de l'autorité administrative aux organes gestionnaires (173). Certes, tout cela ne signifie pas l'abandon complet de la théorie des blocs de compétence :

(166) Cf. CE, 14 juin 1946, Société financière de l'Est, Rec. p.145. On pourrait cependant, selon M. Moderne, la faire remonter à CE, 26 mai 1913, Monteil, Rec. p. 574.
(167) Application des régimes spéciaux de Sécurité sociale (12 décembre 1962, Dame veuve Martin, Rec. p. 579), application de la législation du travail dans les ports (ex. : Sect., 25 janvier 1952, Fédération maritime des ports de Bordeaux, Rec. p. 57 ; Sect., 23 janvier 1953, Avallone, Rec. p. 33. Selon le même principe, cf. Sect., 9 mai 1957, Chambre syndicale française des maîtres portefaix, pour les ouvriers portefaix), décisions d'incompétence à propos du reclassement ou du classement, par décisions administratives, d'agents privés (ex : CE, 23 janvier 1953, Audoin) ; cf. F. Moderne, op. cit., p. 67 et 68.
(168) CE, 5 février 1954, Association El Hamidia, Rec. p.77, *JCP* 1954 II 8136, concl. Mosset.
(169) Cf. Sect., 27 juillet 1951, Caisse Mutuelle d'Allocations Familiales Agricoles de la Loire inférieure, Rec. p.438.
(170) Cf. F. Moderne, op.cit., p.82 à 84.
(171) Ass., 13 juillet 1967, Allegretto, *AJDA* 1967, p. 538, chron. Massot et Dewost p. 534, D. 1968, p. 47, concl. Galabert.
(172) Pour une application ultérieure et similaire, cf. Sect., 18 mars 1977, Dame Méaux, *AJDA* 1977, p. 546, concl. Massot.
(173) Cf. TC, 10 décembre 1956, Audoin.

les ensembles de compétence judiciaire subsistent, voire se créent sous l'impulsion du législateur, et notamment dans le domaine plus particulièrement concerné ici de la Sécurité sociale ; par ailleurs, des critiques se sont élevées à l'encontre de ses accusateurs, non sans raison d'ailleurs (174). Mais les exceptions sont nombreuses : concernant les actes réglementaires (175), la fixation des honoraires par les commissions administratives (176), et autres cas multiples, et les questions préjudicielles ne manquent pas (177). En un mot, on peut y voir l'érosion due à l'effet de la clause générale de compétence.

- Le poids de la clause générale de compétence

En fait, dans les domaines concernés par notre sujet, on constate une large application de la clause générale de compétence (178), dans ses divers éléments : puissance publique, parties au litiges, service public (179), droit applicable, et dont on retrouve notamment la synthèse, pour ce qui nous intéresse, dans la distinction gestion publique-gestion privée. Dès lors, dans ces différents domaines, les exceptions à la catégorie sont variées : par exemple en matière de nationalité (180), de domaine privé (181). En ce qui concerne les services publics, on doit, tout d'abord, noter la disparition de la catégorie des "services publics sociaux" créée par la jurisprudence Naliato du Tribunal des conflits du 22 janvier 1955 (182), qui entraîne la suppression d'un pan de la gestion privée des services publics administratifs. Quant aux services publics industriels et commerciaux (sous forme d'établissements publics), on aboutit à une répartition et des distinctions très délicates : en matière de personnel, par exemple, où la différence entre personnel de direction et autre (183) s'ajoute à celle entre personnel entièrement régi par le droit privé et personnel à statut ; de même, la distinction entre organisation et fonctionnement demeure bien présente, qui se superpose souvent à celle du réglementaire et de l'individuel (184),

(174) Cf. Lucien Mandeville, «Recherches sur le fondement et la portée du système des blocs de compétence», *Droit social* 1970, p. 45 (à propos d'Ass., 13 juillet 1968, Ferri, sur le régime de retraite des marins) ; cf. Auby et Drago, op. cit., p. 577 ss ; cf. également CE, 31 janvier 1986, Clinique de Saint-Laurent du Var, Rec. T p.443.
(175) Ex. : TC, 22 avril 1974, Dame Léotier, Rec. p. 792, D 1974, p. 773, note Lachaume.
(176) Ex : CE, 2 novembre 1957, Aérium de Biarritz, Rec. p. 578.
(177) Ex. : TC, 19 mai 1958, Demoiselle Albaut, Rec. p. 794.
(178) Pour des considérations générales sur la compétence administrative, cf. *Compétence*, in Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif, n° 1 à 46.
(179) Cf. JCA fasc. n° 604, n° 115 à 126 et 133 à 143.
(180) Ex. : Contentieux de la naturalisation (ex. : CE, 23 Décembre 1949, Albonico, Rec. p. 572 ; CE, 25 juillet 1985, Ministre des Affaires sociales/Benedetti, Rec. p. 229), contentieux de l'acquisition et de la déchéance de la nationalité (ex : CE, 10 décembre 1952, Époux Pinton ; CE, 28 avril 1978, Dame Weisgal, Rec. p. 196), contentieux lié aux décisions de l'OFPRA (ex. : CE, 9 octobre 1981, Subramaniam Selvam, Rec. p. 661).
(181) L'influence de la notion de service public joue ici un role important (cf. CE, 3 mars 1975, Antoine Courrière et autres, Rec. p. 165). Les cas sont multiples : ex. : TC, 8 novembre 1982, Lernis et autres, req. n° 02.252 ; Sect., 11 février 1977, Société de Chasse de Thénissey, Rec. p. 85. L'exception liée au caractère réglementaire de l'acte joue (ex. : CE, 30 mai 1947, Sussel et Bille, Rec. p. 236), mais tend à s'étendre en vertu d'un raisonnement parfois peu clair (ex. : CE, 21 janvier 1959, Benzi). De manière générale, d'ailleurs, la gestion du domaine privé a cessé d'être un bloc de compétence avec Sect., 17 décembre 1954, Grosy, Rec. p. 674, D. 1956, p. 527, concl. Rougevin-Baville (cf. également T.C., 17 novembre 1975, Leclert, Rec. p. 800, D. 1976, p. 340, note Roche, *JCP* 1977 18539, note Truchet) : certes, il s'agit ici de contrats, mais le débat portait bien, en définitive, sur la place de l'objet de l'acte dans la détermination de son caractère.
(182) Rec. p. 694. L'abandon vient principalement de TC, 4 juillet 1983, Gambini, Rec. p. 540, qui clôt définitivement un sous-chapitre de notre droit administratif marqué surtout par la résistance de juridictions administratives et judiciaires.
(183) Cf. CE, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, D. 1957, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère ; TC, 24 avril 1978, Chiaverina, Rec. p. 647 ; CE, 16 novembre 1979, Dhyser, req. n° 08.428.
(184) Cf. CE, 10 novembre 1961, Missa, commenté par Marcel Waline à la *RDP* 1962 p. 721 (même solution dans TC, 7 juin 1982, Préfet de Paris, req. n° 02.251) ; CE, 29 mars 1985, Syndicat

même si celle-là a pu paraître abandonnée en d'autres circonstances (185). En ce qui concerne le service public de l'aide sociale au sens large, la distinction actes d'autorité-actes de gestion apparaîtrait éventuellement plus propre à rendre compte de la jurisprudence, au regard notamment de la portée de l'article L 190 du Code de la Sécurité sociale renouvelé par des réformes structurelles (186). Le juge administratif a également rappelé à plusieurs reprises que les actes et opérations de puissance publique relevaient normalement de lui (187). Dans ces conditions, la présence d'un acte administratif formel s'avère souvent déterminante, dans les domaines concernés ou certains qui leur sont proches (188). Un des éléments les plus caractéristiques de ce point de vue demeure la réserve de compétence, mentionnée dans la quasi-totalité des cas énumérés supra, au profit de la juridiction administrative pour ce qui touche aux vices propres de l'acte (même si, à cette occasion, la plénitude de juridiction dont peut disposer le juge judiciaire ne lui est paradoxalement pas ôtée) ; voilà qui confirme bien que les «décisions administratives de droit privé» sont constituées de la fusion d'éléments de droit public et de droit privé, mais qui pose également un problème grave quant à la validité d'une catégorie d'actes dont l'un des traits essentiels est le caractère unitaire. À l'inverse, à l'exception notable du contentieux de la Sécurité sociale, c'est sur l'aspect de droit commun de l'intervention qu'insiste la jurisprudence dans les cas étudiés (189), et notamment sur l'inclusion dans des rapports privés, de type contractuel le plus souvent. L'idée qui en résulte de la participation de l'administration à une situation où le droit privé est applicable à titre principal nous rattache en apparence seulement à la définition proposée par la doctrine des «décisions administratives de droit privé», par le biais d'une commune primauté de l'objet sur l'origine ou la forme. En fait, outre que cette dernière proposition demeure discutable, elle renvoie plutôt à la problématique classique de la détachabilité objective (190) qui, non seulement se révèle contradictoire avec la ligne directrice de l'éventuelle catégorie, mais également correspond mal à l'esprit d'originalité censé l'animer : en effet, outre la présence sous-jacente du critère organique manifestée par la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui s'en affirme comme la traduction contentieuse, elle postule une certaine irréductibilité de la distinction entre droit public et droit privé à travers notamment son attachement à la notion d'"exorbitant" (cf. infra).

---

professionnel autonome des agents de l'énergie nucléaire ; Sect., 21 janvier 1983, Collaro et Maugain (deux espèces), Rec. p. 15.

(185) Cf. Franck Moderne, «Remarques sur le concept d'acte administratif dans ses relations avec les notions de personne privée et de service public à gestion privée», *AJDA* 1975, p. 4.

(186) Cf. Yves Saint-Jours, «De la nature juridique des actes unilatéraux accomplis et des conventions conclues par les organismes de Sécurité sociale», *JCP* 1983 I 3113.

(187) Cf. TC, 10 juillet 1956, Société Bourgogne-Bois, Rec. p. 586 ; CE, 15 février 1961, Werquin, *RDP* 1961 p. 321, concl. Braibant ; CE, 5 octobre 1960, Compagnie d'assurances générales, *AJDA* 1961, p. 25.

(188) Ex. : Estebenet, préc. ; cf. conclusions Teissier sur Epoux Toussaint, préc.

(189) Ex. : CE, 29 avril 1949, Dubois, Rec. p. 193 (immixtion indue dans des rapports de droit privé «susceptible de faire obstacle à la reconnaissance de droits») ; Sect., 5 février 1965, Lebras et Charlot (2 espèces), D. 1966, p. 289, concl. Galmot (cumuls d'exploitations agricoles) ; CE, 22 janvier 1971, Jure et Orbier, *AJDA* 1971, p. 230, concl. Rougevin-Baville ; Epoux Dumanchin, préc. (même si, comme le fait remarquer M. Auby dans sa note, le maintien d'une possibilité de question préjudicielle vide la solution de son contenu pratique) ; CE, 15 octobre 1968, Lambourdière, Rec. T p. 887 (Sécurité sociale) ; Sect. 17 octobre 1980, Gaillard, Rec. p. 379, *AJDA* 1981, p. 312, concl. Labetoulle (refus d'aliéner une parcelle du domaine privé) ; CE, 20 juillet 1971, Sieurs Rousselot et autres ; CE, 4 novembre 1983, Maurel, Rec. p. 449 : idem. TC, 28 juin 1976, Morvezen/Commune de Quimperlé, Rec. p. 700 (en tant qu'il soutient que ce sont ses droits de riverain qui sont en cause lors de la modification du tracé d'un chemin rural, un requérant met en cause une décision administrative et doit donc se pourvoir devant le juge administratif) ; TC, 6 juillet 1981, Eysseric, Rec. p. 505 (mesure d'adjudication d'un droit de chasse sur un lot d'une forêt domaniale).

(190) Cf. Auby et Drago, op. cit., tome II p. 148 à 150. Pour une démonstration sur la détachabilité aboutissant à la solution de compétence inverse de celle prévue par la définition, cf. H. Charles, op. cit., p. 198 à 207. Cf. également J. Lamarque, op. cit., p. 175 *ss.*

- La place des textes

Matière législative (191), la compétence est largement et nécessairement conditionnée par les textes de loi. En ce qui concerne notre sujet, certaines dispositions bouleversent quelque peu le jeu normal de la répartition : dans certains cas, la dérogation s'opère au détriment de la juridiction judiciaire dans un domaine relevant traditionnellement de sa compétence (192), dans d'autres, le transfert "forcé" s'effectue à son profit à rebours des principes tirés de la clause générale (193). En compensation, les attributions légales de compétence contraires à la clause générale sont interprétées strictement, y compris devant le juge judiciaire lui-même (194) : ainsi, par exemple, en est-il en matière de prescription quadriennale (195), ou de contentieux de la concurrence (196), et même en matière de Sécurité sociale, où l'attribution de compétence de l'article L 190 du Code s'avère très générale, même si ses dispositions prennent le soin de réserver la compétence du juge administratif pour les litiges administratifs par nature (197).

Par ailleurs, dans le prolongement des remarques supra relatives au pouvoir du juge concernant les «décisions administratives de droit privé», il faut préciser ou rappeler que le juge judiciaire se comporte, en fait, exactement ou presque comme le juge administratif (198), sauf quelques différences procédurales et la faculté de se pourvoir devant la Cour de cassation. Dès lors, il semble que l'on puisse déjà conclure à l'absence de «décisions administratives de droit privé» par nature : à la seule exception, en définitive, de la plupart des actes de gestion, qu'il est difficile d'inclure dans la liste établie à partir de la définition de M. Lamarque, tous les actes administratifs relevant du juge judiciaire lui échoient par attribution législative, les différences portant sur l'ampleur du transfert de compétence et son origine (exclusivement législative ou essentiellement législative). On peut alors se demander déjà si, à la formule de M. Lamarque, de laquelle il ne faut peut-être pas trop attendre, mais qui ne manque pas d'introduire des ambiguïtés (cf. infra), il ne conviendrait pas de préférer celle de M. Delvolvé, qui parle d'«actes administratifs à contentieux judiciaire» (199).

---

(191) Cf. Ass., 30 mars 1962, Association nationale de la meunerie, Rec. p. 233.
(192) L'exemple du domaine privé s'avère patent : cf. CE, 13 février 1985, Esteban, Rec. p. 44 (compétence de la juridiction administrative, en vertu de l'article L 55 du Code du domaine de l'Etat, pour connaître des actes prononçant la déchéance d'un acquéreur défaillant de biens du domaine privé de l'Etat) ; CE, 15 février 1989, Vandal, Rec. p. 56 (le «contentieux des domaines nationaux» prévu par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui soustrait au juge judiciaire l'aliénation du domaine privé).
(193) C'est l'hypothèse déjà évoquée du contentieux de l'admission en tant que pupille de l'Etat ou de l'enregistrement comme enfant abandonné qui, eu égard au caractère de service public de cette activité, relevait du juge administratif jusqu'en 1984 : cf. CE, 22 juillet 1932, Demoiselle Cathala, Rec. p. 763 ; Civ. 1ère, 16 avril 1953, D. 1953 p. 386 ; TC, 2 avril 1973, Epoux C.., *JCP* 1973 II 17467. Hors le champ du texte, le principe demeure par ailleurs : cf. TA Poitiers, 4 juin 1986, Madame Phelippeaud, Rec. T p. 452 (contentieux de l'agrément des familles adoptives de pupilles de l'Etat).
(194) Cf. Paris, 13 juillet 1988, Soc. Emass plc/Soc. EMI plc (affaire Holophane), *Bulletin Joly* 1988, p. 715, note Sexer, D. 1989, p. 160, note Le Cannu ; Paris, 10 mars 1992, Anastassiades.
(195) Ex. : TC, 21 janvier 1985, Préfet de la région de Lorraine/Cour d'appel de Metz, Rec. T p. 557.
(196) Cf. TC, 6 juin 1989, Société d'exploitation et de distribution d'eau/Société lyonnaise des eaux et Ville de Pamiers, D. 1990, p. 418.
(197) Ex. : CE, 10 octobre 1969, Dame veuve Isern, Rec. p. 431, concl. Braibant ; cf. également la note de Lucien Mandeville sous Soc., 15 janvier 1970, *Droit social* 1970, p. 532.
(198) L'exemple des recours contre les décisions du directeur de l'INPI est particulièrement éclairant à ce sujet : comp. CE, 30 octobre 1970, Soc. lyonnaise de dépôts et de crédit industriel, Rec. p. 624, ou CE, 22 février 1974, Soc. Esso Standard, Rec. p. 138, et Paris, 29 mai 1986, Faucher, *Ann. propriété indust.*, 1987, p. 116, ou Paris, 5 mai 1986, Jean Marchand, eod. loc., p. 124.
(199) Cf. art. préc. in *Etudes en l'honneur de Jean-Marie Auby*, p. 57.

- La variabilité

Il y a peu à dire ici, somme toute, tant les éléments mentionnés supra parlent d'eux-mêmes. Il convient simplement de la déplorer dans le contexte de notre sujet, car elle reflète malheureusement plus que la simple et nécessaire "respiration" de la catégorie, (si elle existe), agitée qu'elle est par les soubresauts du droit administratif et de la répartition des compétences.

• *La jurisprudence judiciaire (200)*

Le juge judiciaire, quant à lui, s'estime aussi tenu par le principe traditionnel de séparation des autorités administrative et judiciaire, et ce d'autant plus que la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, qu'il manque rarement de viser lorsque l'occasion s'en présente, sont à l'origine dirigées contre lui et ses empiétements passés. Dès lors, les cours et tribunaux apparaissent pour le moins réticents à l'égard des actes administratifs, si l'on excepte toutefois certains excès de zèle isolés et compte tenu d'une évidente volonté de conquête. De manière générale, en l'absence de textes, les juridictions judiciaires se déclarent incompétentes dès lors qu'elles estiment qu'il a été fait usage de prérogatives de puissance publique (201). Leur raisonnement peut apparaître quelque peu différent de celui du juge administratif (mais par le simple fait d'un jeu de miroir) : c'est la présence et l'exercice d'une prérogative de puissance publique qui caractérise à leurs yeux l'acte administratif et conditionne la détachabilité de ce dernier d'une opération de droit privé, par exemple la gestion du domaine privé, sans qu'il semble même besoin de rechercher si l'acte en cause peut se rattacher ou non à la mission de service public (202) (ce raisonnement n'est toutefois en rien antinomique avec celui du juge administratif) ; le principe est général et vaut évidemment tout autant pour les organismes de nature privée chargés d'une mission publique (203). Ce dernier exemple pourrait d'ailleurs révéler la fragilité du critère organique aux yeux du juge judiciaire, mais les données particulières, et notamment le fait que l'on se trouve en présence d'une personne privée et que l'objet principal du litige concerne plutôt une action en recouvrement de cotisations ordinales (204) (il semblerait d'ailleurs possible de contester la solution adoptée) permettent de ne pas en tenir compte sur ce point. À l'inverse, le juge judiciaire accepte d'apprécier la validité d'actes, en connaissant notamment de leur caractère exécutoire (qui, il faut le préciser, ne conditionne pas leur validité intrinsèque, dès lors qu'aucune prérogative de puissance publique n'est en jeu et que, par conséquent, lesdits actes n'ont pas à être considérés comme détachables d'une procédure judiciaire (205). Dans d'autres cas, la réticence du juge s'exprime face à la seule présence d'un acte administratif dont il s'agirait

(200) Pour des études générales, cf. Roland Drago, «Le juge judiciaire, juge adminstratif», *R.F.D.A.* 1990, p. 757.
(201) Ex. : Civ. 2e, 24 octobre 1990, BC II n° 213, p. 107 ; Civ. 2e, 26 novembre 1990, BC II n° 246, p. 125 ; Civ. 2e, 20 avril 1989, BC II n° 92, p. 45 ; Civ. 1ère, 29 novembre 1989, BC I n° 370, p. 248.
(202) Ex. : Civ. 1ère, 22 avril 1981, BC I n° 128, p. 108. En revanche, le juge apprécie éventuellement si l'opération en cause se rattache à la mission de service public : cf. Civ. 1 ère, 21 décembre 1982, BC I n° 373.
(203) Ex. : Civ. 1ère, 21 décembre 1982, préc.
(204) On est en fait ici très proche du type de raisonnement tenu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Bouguen (Ass., 2 avril 1943, Bouguen, in Long, Weil, Braibant,.., op. cit., n° 63 p. 352). Mais la jurisprudence administrative a évolué depuis : cf. TC, 13 février 1984, Cordier et autres, Rec. p. 44 ; CE, 7 décembre 1984, Centre d'études marines avancées, Rec. p. 413.
(205) Ex. : Crim., 11 octobre 1988, Bull. crim. p. 918. On doit, bien entendu, tenir ici compte du fait qu'il s'agit du juge répressif. Cf. supra.

d'apprécier le bien-fondé (206) ou, plus simplement, sur le raisonnement et le dispositif duquel le magistrat pourrait être amené à revenir (207), alors même que l'on se trouve éventuellement dans le cadre de rapports de droit privé (208). De manière générale, l'autorité judiciaire ne se restreint en rien vis-à-vis de l'administration lorsque celle-ci se trouve dans une situation non exorbitante, particulièrement lorsqu'elle n'exerce aucune fonction normative ou organisatrice régalienne (209). Il convient enfin de préciser que, si le juge décline sa compétence devant l'exercice d'une prérogative de puissance publique, il prend toujours le soin de la réserver au nom de l'article 66 de la Constitution en cherchant à préserver un minimum de compétence judiciaire pour ce qui concerne notamment certaines mesures d'exécution (210). La combinaison de ces différents mouvements jurisprudentiels peut apparemment être interprétée comme une réticence particulière à l'examen de tout acte présentant un caractère exécutoire, sauf "exception de compétence protégée", ainsi qu'il vient d'être mentionné. Dès lors, une question de fond se pose : ou le juge judiciaire confond souvent ce dernier avec le caractère décisoire, ou il ne considère pas celui-ci comme typique des prérogatives de puissance publique mises à disposition de l'administration, alors qu'il s'agit du pouvoir exorbitant d'influer sur l'ordonnancement juridique et la situation des particuliers de manière unilatérale et générale. On peut aussi tenir le juge judiciaire pour peu sensible à l'"anatomie" de l'acte administratif.

Au regard de notre sujet, il apparaît donc difficile d'"accommoder" la jurisprudence des tribunaux judiciaires et la notion de «décision administrative de droit privé». D'ailleurs, ce terme n'est pas employé non plus par les cours et tribunaux, qui évitent soigneusement de parler même d'acte administratif dans les cas envisagés supra relevant de leur compétence.

• *La jurisprudence constitutionnelle*

D'un point de vue un peu différent, et comme en arrière-plan de notre problématique, la jurisprudence constitutionnelle, désormais présente également dans ce domaine, est amenée à jouer ici un double rôle. Dans un premier temps, les principes issus particulièrement des décisions 224 DC du 23 janvier 1987 (211) et 261 DC du 28 juillet 1989 (212) du Conseil constitutionnel semblent à même d'empêcher l'existence comme catégorie, voire l'existence tout court des «décisions administratives de droit privé» : en effet, la Haute Instance consacre, en quelque sorte comme "noyau dur" de la compétence du juge administratif, le contentieux de «l'annulation ou de la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivité territoriales de la République ou les organismes publics

(206) Ex. : Civ. 1ère, 12 mai 1980, BC I n° 144, p. 116.
(207) Ex. : Paris, 21 février 1985, Société Hôtel Concorde Saint-Lazare, avec un commentaire critique in Antoine Jeammaud, «Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du règlement intérieur», *Droit social* 1985, p. 479.
(208) Id.
(209) Cf. J. Lamarque, op. cit., p. 156 à 159. Cependant, sur le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, ibid., p. 160 ; cf. Civ. 1ère, 21 décembre 1987, Bureau de recherches géologiques et minières, in Long, Weil, Braibant,..., op. cit., n° 114, p. 727.
(210) Cf. par exemple Civ. 2e, 24 octobre 1990 et Civ. 2e, 26 novembre 1990, préc. (en matière d'expulsion des étrangers).
(211) Cf. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 6e éd., Sirey, Paris, 1991, n° 43 p. 709 (transfert à la Cour d'appel de Paris du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence).
(212) JO, 1er août 1989, p. 9679, Rec. Cons. constit. p. 81 (conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France).

placés sous leur autorité ou leur contrôle» (213) ; cette détermination laisse un certain champ au partage de compétence en matière d'action de l'administration (214), mais condamne apparemment certaines des solutions au profit de la juridiction judiciaire examinées supra, dans la mesure où le juge judiciaire ne dispose pas, dans divers cas, que d'un simple pouvoir d'appréciation de la validité de l'acte. Dans un second temps, la décision 224 DC elle-même prévoit une réserve au principe qu'elle énonce, en consacrant l'existence de «matières réservées par nature à l'autorité judiciaire» ; au regard des règles constitutionnelles et de la jurisprudence ultérieure du Conseil (notamment la décision du 25 juillet 1989 dite "TGV-Nord") (215) ainsi que des principes traditionnels, ces matières semblent être : la liberté individuelle, l'état et la capacité des personnes, la propriété privée immobilière, le fonctionnement des services judiciaires (216).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel inaugurée le 23 janvier 1987 revêt un intérêt particulier dans la perspective retenue ici. D'une part, elle ouvre une alternative fondamentale : ou elle conduit à la remise en cause, au moins théorique en l'absence de contrôle de constitutionnalité a posteriori, de certaines situations de «décisions administratives de droit privé» au regard des pouvoirs du juge (217), ou elle amène à considérer que, compte tenu des exigences qu'elle pose, on ne se trouve pas en présence de décisions administratives véritables lorsqu'un pouvoir de réformation des actes susceptibles de recours est reconnu au juge judiciaire (218) (le postulat étant une présomption de constitutionnalité des lois non déférées). D'autre part, la formulation un peu générale retenue par le Conseil constitutionnel ravive un débat majeur ici : «[Considérant que] dans la mise en oeuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé». En effet, la question du critère opératoire ou déterminant permettant l'unification, par dérogation, du contentieux reste ouverte, et rebondit, dans notre perspective, si ce critère est celui de l'objet ou du contenu des actes en cause (219).

2) Les défauts dans la structure de la catégorie

Ces défauts, qui expliquent en grande partie les défaillances relatives à la portée juridique de l'éventuelle catégorie, se révèlent de deux ordres. D'une part, l'ensemble des «décisions administratives de droit privé» se caractérise par une hétérogénéité certaine sur au moins deux points, ce qui constitue un vice rédhibitoire pour une catégorie. D'autre part, certains éléments de la définition manquent de clarté.

---

(213) 224 DC.
(214) Cf. Favoreu et Philip, op. cit., p. 715 et 716.
(215) Décision 256 DC du 25 juillet 1989, J.O., 28 juillet 1989, p. 9501, Rec. Cons. constit. p. 53.
(216) Cf. Bruno Genevois, *R.F.D.A.* 1987, p. 287 (293).
(217) Cf. L. Richer, art. préc..
(218) Par exemple pour les décisions du Conseil de la concurrence, ou du Conseil des bourses de valeur, ou des décisions du directeur de l'I.N.P.I. : cf. L. Richer, art. préc., p. 378. Le cas des décisions de préemption demeure, à cet égard, particulièrement significatif : cf. les affaires Epoux Soyer (Civ. 3è, 13 février 1969, D. 1969, p. 453, *JCP* 1969 II, 15918 ; TC, 8 décembre 1969, S.A.F.E.R. de Bourgogne/Soyer et autres, D. 1970, p. 309) et Arcival (Civ. 3è, 29 avril 1969, BC III n° 337, p. 258 ; TC, 8 décembre 1969, Arcival et autres/S.A.F.A.L.T., D. 1970, p. 310), étant précisé que les S.A.F.E.R. sont des personnes privées (le raisonnement demeure toutefois général et intéressant.
(219) On peut toutefois penser qu'il s'agit de considérations plus pratiques.

• *Le problème de l'hétérogénéité (220)*

Sans qu'il soit nécessaire d'y revenir longuement, la présentation déjà effectuée de divers aspects des actes concernés fait ressortir à l'évidence une hétérogénéité difficile à masquer. Celle-ci se manifeste tout d'abord quant à la détermination du caractère privé de l'objet de l'acte. On retrouve alors deux grands ensembles. Le premier est constitué de tous les cas correspondant à une répartition "normale" des compétences. Déjà, sur ce plan, la situation est diverse : en effet, on retrouve l'application de la clause générale, notamment dans tous les cas où c'est l'idée du droit applicable qui apparaît sous-jacente au regard de la situation dans laquelle se situe la puissance publique, et celle des clauses dites spéciales ; cette dualité n'a, en fait, rien que de très normal, et l'on ne saurait trop exiger. Cependant, un problème demeure dans la mesure où, sur ce dualisme presque inévitable, se greffe un recours beaucoup plus contestable à la fois à la méthode dite analytique et à la méthode dite synthétique de détermination (221) : dans certains cas, on a effectivement procédé acte par acte, ne serait-ce que pour exclure la plupart des actes réglementaires, et dans d'autres, c'est l'activité ou le domaine concerné qui a surtout retenu l'attention. Ceci ressort nettement de l'énumération entreprise supra.

Ce double recours s'avère, quant à lui, bien plus délicat : l'utilisation de l'une ou l'autre méthode n'est pas épistémologiquement neutre dans le contexte de l'élaboration d'une catégorie fiable et, en toute hypothèse, les idées qui président à l'une et l'autre ne sauraient que difficilement se concilier au sein d'un même ensemble, même s'il demeure très vrai qu'il faut prendre le droit positif "comme il vient", surtout quand on essaie d'en rendre compte. Il convient alors d'ajouter à cette construction bariolée le second des deux ensembles mentionnés, regroupant tous les actes se rattachant à la notion de «décision administrative de droit privé» par l'intervention d'une loi, c'est-à-dire, le plus souvent, à l'encontre de la répartition "normale" des compétences. Tout cela ne fait que traduire, somme toute, la variété des justifications au rattachement de ces actes à la compétence du juge judiciaire : volonté de protection, caractère traditionnel, souci de rendre plus pratique et homogène un contentieux déterminé en sont les principales.

Dès lors, on le voit bien, le tout, sans être totalement disparate, manque d'unité, sur le point de la définition qui en détermine toute l'originalité et, plus largement, semble conditionner l'existence de la notion.

On peut également rappeler ici la diversité déjà évoquée à propos de l'examen des pouvoirs du juge, et qui ne se révèle, en fait, qu'être le reflet des différences de justification qui viennent d'être envisagées. De même, à un degré moins grave, on pourrait mentionner la différence de situation des auteurs des actes en cause, qui explique parfois la difficulté et la relativité de certains rattachements (222).

• *Le problème du manque de clarté*

À la difficulté d'une homogénéité très relative s'ajoute le problème d'un certain manque de clarté dans les éléments de base de la définition. On insistera assez

(220) Cf. Yves Gaudemet, «Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions», *R.F.D.A.* 1990, p. 764.

(221) Pour une présentation, cf. Auby et Drago, op. cit., n° 397 ss.

(222) Cf. CE, 6 mai 1985, Bouges, Rec. T p. 544 ; ou un exemple non mentionné supra : CE, 12 décembre 1919, Desmarais, Rec. p. 911 (décision d'un conservateur des hypothèques en matière d'inscription hypothécaire).

peu sur la question de savoir ce qu'est une autorité administrative (223). Pour notre part, nous nous en sommes tenu aux personnes publiques, dans la perspective retenue pour cette recherche, gardant à l'esprit la jurisprudence traditionnelle (224) et le principe d'après lequel les litiges entre personnes privées relèvent normalement du juge judiciaire (225) ; toute extension aurait abouti à ôter à notre problématique une partie de son intérêt. Le problème concerne ici surtout la définition du «contenu de droit privé», terme employé par la doctrine et suffisamment vague pour rendre la situation et l'analyse quelque peu confuses. M. Lamarque précise : la «décision administrative de droit privé» est un acte réputé de droit privé car ayant un objet considéré comme non administratif, ou concernant une situation de droit privé, ou s'intégrant dans un système de rapports de droit privé. On entrevoit ce que peut être un objet de droit privé : par exemple en ce qui concerne les actes de gestion du domaine privé, ou certains actes relatifs à l'état et à la capacité des personnes. De même, l'idée de situation de droit privé, bien que très floue, pourrait recouvrir également certains actes touchant à l'état des personnes, ainsi que d'autres relatifs à la gestion privée des services publics. L'ensemble demeure toutefois un peu vague. Mais les plus grandes difficultés proviennent sans doute de la notion de rapports de droit privé, qui a perdu en clarté en gagnant en étendue (226) et s'est trouvée largement amputée (cf. supra), au point que, pour ce qui nous concerne, on pourrait s'interroger sur son autonomie par rapport aux deux autres références. Au vu de ces divers éléments, plusieurs questions peuvent se poser, déjà partiellement abordées. D'une part, il est évident qu'ils revêtent une portée insuffisante pour expliquer certaines situations (227). D'autre part, des situations exclues pourraient ne plus l'être : dans le cas de la reconnaissance d'utilité publique d'une association ou d'une fondation, par exemple si l'on a pu constater que le caractère unitaire faisait défaut, cette carence serait palliée par la considération qu'un tel acte concerne bien l'"état" d'une personne morale. Les motifs traditionnels faisant considérer la personnalité morale comme moindre, au point que les juridictions administratives peuvent elles aussi connaître des questions de nationalité y afférant (228), n'ont rien à voir avec la problématique de notre sujet, qu'elles contribuent à opacifier.

Trois éléments différents pourraient être proposés : l'objet du droit privé au sens strict, la notion d'opération de droit privé, à la fois plus large et plus adéquate (229), et la compétence textuelle du juge judiciaire. Mais on change alors complètement de perspective avec ce dernier point. Surtout, cela revient déjà à s'interroger sur la notion même d'acte administratif.

En définitive, la reconnaissance des «décisions administratives de droit privé» comme catégorie juridique n'apparaît pas totalement impossible, mais elle demeure fort difficile : la jurisprudence administrative en établit l'hétérogénéité et le caractère inadapté ; les jurisprudences judiciaire et constitutionnelle en montrent les

(223) Pour un exposé rapide du problème, cf. Paul Sabourin, «Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notions d'autorité administrative», *JCP* 1971 I 2407 ; cf. la thèse du même auteur, *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, L.G.D.J., Paris, 1966 (BDP n° 69).
(224) Cf. Christian Lavialle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 69 à 88.
(225) Cf. Auby et Drago, op. cit., n° 410.
(226) Cf. Franck Moderne, «Nouvelles difficultés pour la notion de "rapports de droit privé " comme critère de compétence judiciaire», *AJDA* 1970 p. 523 (à partir de la page 534 surtout).
(227) Ex. : TA Dijon, 28 février 1989, Consorts Huet, Rec. T p. 431 (la décision du Garde des Sceaux fixant le prix de cession des parts d'une SCP de notaires est susceptible de recours pour excès de pouvoir).
(228) Cf. TC, 23 novembre 1959, Société Mayol, Arbona et Cie, Rec. p. 872.
(229) Cf. Hubert Charles, *"Actes rattachables" et "actes détachables" en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 5 ss.

limites apparemment infranchissables. Dès lors, on peut constater, à ce stade du raisonnement, un échec relatif sur les deux plans de la manifestation et des "effets" d'une catégorie : d'une part, les «décisions administratives de droit privé» ne paraissent pas correspondre à la réalité du droit positif (cette affirmation constitue un peu une anticipation inévitable sur notre seconde partie ; il convient plutôt, sans doute, de l'en tenir pour une forme d'annonce) ; d'autre part, elles ne semblent pas susceptibles d'être reçues et utilisées comme telles en droit positif. Ces conclusions tirées, le problème de départ ne s'en trouve pas totalement résolu pour autant : en effet, l'existence d'actes émanant de l'administration et répondant, de manière plus ou moins nette, aux caractéristiques énoncées, demeure indéniable. Puisqu'il est vain de chercher à les rattacher à une catégorie autonome, il faudra donc rechercher comment et dans quelle mesure les relier aux ensembles existants les plus adéquats, dont il y a de fortes chances qu'elles relèvent. Dans l'immédiat, et comme prologue à cette démarche, il semble opportun de se demander si les «décisions administratives de droit privé» pouvaient, en l'état, constituer valablement une catégorie juridique : l'examen entrepris au long de cette première partie n'était-il pas trop exigeant ? Plusieurs questions demeurent en suspens. On pourrait, par exemple, considérer alors qu'il s'agit plutôt d'une sous-catégorie ; mais la difficulté ne se trouve alors que déplacée, voire augmentée par celle du rattachement à une catégorie principale, qui est, pour partie, d'une autre nature. Par ailleurs, nous nous étions déjà demandé si les «décisions administratives de droit privé» ne se situeraient pas à l'intersection de plusieurs catégories ; telle pourrait être une manière de conclusion, au moins provisoire, sur ce point, tant il demeure évident que ce groupe un peu disparate se compose d'éléments ressortant d'ensembles différents. Ces diverses interrogations aboutissent toutes en fait à une même exigence : rechercher la valeur et la viabilité de ces «décisions administratives de droit privé» non plus en tant que catégorie, mais en tant plutôt que concept (230). Une partie du travail a déjà été accomplie dans cette première partie : certaines questions sur les éléments de la définition (puisque nous quittons par là le domaine de la détermination) ont été abordées. Dès lors, c'est par rapport à la théorie générale de l'acte administratif qu'il convient d'en entreprendre l'examen.

II - LA COMPRÉHENSION DE LA NOTION : LES «DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ» AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Puisqu'il se révèle impossible de définir valablement les «décisions administratives de droit privé» de manière autonome (et sous la réserve de la possibilité de succès d'une telle entreprise), leur appréhension au regard de l'acte administratif en général apparaît nécessaire. C'est même là une sorte de passage obligé, dans la mesure où, ainsi que l'ont démontré Aristote et Saint Thomas d'Aquin, notre connaissance est ontologique (ceci emporte, d'ailleurs, certaines conséquences pour la notion même d'acte administratif). Un tel objectif impose une double démarche, qui ne se limite pas à la seule approche en termes de concept, quoiqu'elle en relève : l'on doit, certes, chercher à apprécier la validité de ses éléments constitutifs, ce qui, nous l'avons dit, a déjà été partiellement entrepris, mais aussi évaluer la cohérence d'ensemble desdits éléments. Une telle analyse s'apparente à celle entamée dans la recherche de l'éventuelle catégorie, mais, plus

(230) Sur la notion du concept juridique et sa portée, cf. J.-L. Bergel, op. cit., p. 210 à 214 ; Jean Parain-Vial, «La nature du concept juridique et la logique», *Archives de philosophie du droit*, tome XI (1966).

encore que l'homogénéité de celle-ci, l'articulation étroite et ordonnée des critères du concept, représentation mentale abstraite définie en soi, s'avère indispensable. Le renvoi à la théorie générale de l'acte administratif, voulu par l'auteur lui-même de la définition et impliquée par le vocable choisi pour présenter ces actes, appelle un examen à deux niveaux au regard des questions soulevées par les «décisions administratives de droit privé» : d'une part, par rapport à certains éléments du contenu de la théorie générale, d'autre part, par rapport au cadre de la théorie générale.

A - «LES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ» ET LE CONTENU DE LA THÉORIE GÉNÉRALE

Ces actes, et surtout leur dénomination, amènent deux interrogations principales, à l'occasion de l'approfondissement desquelles l'on ne pourra, bien sûr, exposer le détail de la théorie générale de l'acte administratif, mais qui permettent, dans la limite de notre sujet, certains rappels : il s'agit d'une part, de la question du caractère administratif de tels actes, d'autre part, de celle de leur caractère décisoire.

a) La qualification d'acte administratif

Il s'agit d'un problème proprement essentiel, à propos duquel il est impossible de retracer complètement ici toutes les données d'un débat fort ancien et toujours animé. On se contentera ici d'en évoquer les éléments les plus utiles à notre recherche en gardant également à l'esprit la relativité, dans le droit positif, de la distinction entre questions de détermination et questions de définition, souvent évoquée par Charles Eisenmann (231). L'analyse doit sans doute être menée par degrés, en décomposant, dans la mesure du possible, les éléments structurels de l'acte administratif qui sont autant de difficultés en soi, mais dont l'agencement surtout et l'équilibre soulèvent des difficultés.

1) Le principe : le critère organique comme critère de base

Il semble ressortir de la jurisprudence la plus traditionnelle comme celle plus récente que c'est la prise en considération de la qualité de l'auteur de l'acte qui doit, en principe, intervenir de manière déterminante dans sa qualification d'acte administratif et la désignation du juge compétent pour en connaître. À la qualité de l'auteur paraît s'attacher une sorte de présomption quant à la nature du différend en cause et du régime juridique applicable. Dès lors, le principe demeure que les litiges entre personnes privées, même si un élément administratif intervient, de manière quelconque (mais extérieure à l'action même de la personne privée en cause) (232),

(231) Cf. par exemple, *Le droit des actes*, cours polycopié, 1955 - 1956, Les Nouvelles Institutes,Paris, p. 30 ss.

(232) Illustrations dans diverses hypothèses : T.C., 27 juin 1955, Philibert, *R.P.D.A.* 1955, p. 361 (soumission à une réglementation administrative) ; T.C., 28 mars 1955, C.G.P.M.E., *J.C.P.* 1955 II, 8971, note Rivero (litige intéressant la coopérative du personnel d'une administration) ; CE, 18 juin 1954, Basgeix, Rec. p. 36, *A.J.D.A.* 1954 II, p.325 (décision du directeur d'une société professionnelle régie par la loi du 17 août 1943 et approuvée par le commissaire du Gouvernement) ; CE, 4 avril 1962, Chevassier, Rec., p. 244, D. 1962, p. 327, concl. Braibant ; CE, 30 avril 1951, Pannetier, Rec. p. 240 (décision d'un organisme privé collaborant à l'exécution d'un service public) ; T.C., 5 mars 1962, Consorts Barbe, Rec. p. 815 (exécution d'un travail public) ; T.C., 3 mars 1969, Esposito, Rec. p. 681, *JCP* 1969 II 16037, note Chevallier (litige entre assureur et victime dans un cas où la responsabilité au fond relève du juge administratif) ; CE, 24 novembre 1982, Demoiselle Faure, req. n° 33.733 (délibération du jury de l'ESSEC refusant une entrée). De même, on pourrait citer les multiples décisions intervenant entre caisses de Sécurité sociale, médecins et affiliés : cf. Yves Saint-Jours, «De la nature juridique des actes unilatéraux accomplis et des conventions conclues par les organismes de Sécurité sociale», *JCP* 1983 13113.

ressortissent du juge judiciaire (233) ; à l'inverse, la seule mention du caractère d'autorité administrative peut aboutir à la qualification administrative de l'acte (234), et la présence d'une telle autorité administrative faire échec aux conséquences qui auraient pu être tirées de la prise en compte de la fonction (235), cependant que le juge prend soin de distinguer entre les attributions et qualités d'une même autorité (236). Au terme d'une évolution dont on peut identifier la source lointaine dans l'arrêt d'Assemblée, Établissements Vézia du 20 décembre 1935 (237) et qui se trouve jalonnée par une série de décisions aux solutions de plus en plus précises (238), l'impression a pu être donnée que la dissociation entre qualité de l'auteur et nature de l'acte s'avérait désormais radicale (239). Mais le flou résultant du "choc" des formes nouvelles de l'action administrative et de certaines tendances doctrinales qui en sont pour partie issues se dissipe peu à peu : la jurisprudence revient parfois sur ses solutions (240), et, s'il ne règne pas sans partage, elle lui reconnaît une place de choix en tant que critère de définition et de compétence (241), à titre principal ou en tant que contre-épreuve (242). Le rattachement à une personne publique d'un organisme privé prenant des actes administratifs semble envisageable (243), voire une assimilation à des personnes publiques de tels organismes ; de toute façon, il est nécessaire, car l'imputation de l'acte administratif à l'administration est inhérente à la définition de celui-ci (244). Reste alors à déterminer, ce qui ne s'avère pas toujours très aisé, ce qu'il faut entendre et ce que

(233) Cf. Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, Montchestien, Paris, 1969, p. 54 et 55 ; Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., *L.G.D.J.*, Paris, 1984, n° 410.
(234) Ex. : Ass. 13 juillet 1967, Allegretto, D. 1968, p. 47, concl. Galabert.
(235) Ex. : Sect., 22 novembre 1963, Dalmas de Polignac, Rec., p. 565, D. 1964, p. 161, note Debbasch (décret individuel d'amnistie).
(236) Par exemple, dans l'affaire Demoiselle Berry (Rec. 1955, p. 718), le Conseil d'Etat marque bien la différence entre le préfet autorité administrative et le préfet président d'une oeuvre privée et considéré, à ce titre, comme une personne privée.
(237) *RDP* 1936, p. 119, concl. Latournerie ; cf. M. Long, P. Weil, G. Braibant, ..., op. cit., n° 55, p. 302.
(238) Cf. Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire et Aide et Protection, in Long, Weil, Braibant, op. cit., n° 59 p. 320 (l'arrêt suggère en outre un élargissement considérable de la notion de service public) ; Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, eod. loc., n° 62 p. 341 ; Ass., 2 avril1943, Bouguen, eod. loc., n° 63 p. 352 ; CE, 28 juin 1946, Morand, S 1947 III, p. 19 ; Sect., 13 janvier 1961, Magnier, Rec., p. 33, *RDP* 1961 p. 155, concl. Fournier ; TC, 20novembre 1961, Centres Eugène Marquis, D. 1962 p. 389, note de Laubadère ; CE, 4 avril 1962,Chevassier, préc.; CE, 13 juillet 1968, Capus, D. 1968 p. 674, concl. Bertrand, *AJDA* 1968, p. 577, note J.D.M., et l'on pourrait en citer d'autres.
(239) Cf. André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 1, 11e éd., *L.G.D.J.*, Paris, 1990, p. 481 ss.
(240) C'est le cas, en ce qui concerne l'arrêt Capus et l'exercice par les SAFER de leur droit de préemption, par T.C., 8 décembre 1969, SAFER de Bourgogne/Epoux Soyer et Valla, *RDP* 1970 p. 166, concl. Schmelck, et T.C., même jour, Consorts Arcival/SAFALT, eod. loc. (p. 187). Ces décisions, qui marquent un retour (ou une réaffirmation) au critère organique, peuvent cependant ne pas en apparaître moins critiquables pour d'autres raisons : cf. Pierre Subra de Bieusses, «Réflexions sur le contentieux de la préemption administrative», *AJDA* 1977, p. 59.
(241) Cf. Jean Petot, «Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français», *RDP* 1965, p. 369.
(242) Sur l'ensemble du problème, cf. Paul Sabourin, «Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ?», *RDP* 1971, p. 589.
(243) Cf. Christian Lavialle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, op. cit. 3e partie, titre II (p. 259 ss).
(244) Cf. Jean-François Lachaume, «Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif», *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 95 (110 et 111). Cf. également, mais par un autre raisonnement arrivant à un résultat similaire, René Chapus, «Le service public et la puissance publique», *RDP* 1968, p. 235 (274 ss) : dans sa définition du droit administratif comme droit du service public, l'auteur rattache également ce dernier à une personne publique dans l'exposé de sa notion personnelle (art. préc., p. 240), à la fois large et limitée au service public administratif apparemment, sans qu'il s'en tienne cependant à la seule qualification industrielle et commerciale pour en délimiter négativement le champ. Cf. Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome II, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 691 ss.

l'on peut considérer comme une autorité administrative, ou un organe administratif (245), ou l'Administration, au sens organique (246).

Le choix du critère organique, s'il se révèle ancien (247), n'a toutefois pas toujours été unanimement admis. C'est ici l'occasion de rappeler la position célèbre et brillante de Duguit excluant toute définition de la fonction administrative autre que matérielle, et toute appréhension de l'acte administratif autre qu'au point de vue de sa «nature juridique interne» (248). Ainsi s'explique que certaines doctrines, voire certains systèmes juridiques n'envisagent d'acte administratif qu'individuel (249). Une telle assimilation du règlement à la fonction législative a été définitivement abandonnée en France avec l'arrêt du 6 décembre 1907, Compagnie des Chemins de Fer de l'Est et autres (250). Par ailleurs, la démonstration magistrale de Carré de Malberg et l'avènement de la Constitution de 1958 empêchent tout retour en arrière sur ce point, dans la tradition de la pensée administrative française. Il est admis que le critère organique a reçu en quelque sorte sa consécration finale par la loi du 24 mai 1872 et l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, qui ouvrent le recours pour excès de pouvoir contre les «actes des diverses autorités administratives» (ce point de vue doit cependant être assez largement relativisé).

2) Difficultés et essais dans la détermination du caractère administratif de l'acte

Au vu de l'élément de droit positif qui vient d'être mentionné, on ne peut alors que s'étonner de constater, conformément à la définition de M. Lamarque, qu'un acte ayant toutes les apparences d'un acte administratif relève du juge judiciaire. S'agit-il de la preuve d'une dissociation entre qualification et compétence, ou convient-il de revoir notre première approche de l'acte administratif ? En toute hypothèse, il y a lieu de relativiser la portée du critère organique.

• *La relativité forcée du critère organique*

Certains faits pourraient donner à conclure qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause l'apparente exclusivité du critère organique. Ainsi, par exemple, la jurisprudence ne considère plus que l'illégalité d'un acte administratif entraîne son déclassement en fait personnel passible des tribunaux (251), alors même qu'il pourrait s'agir d'une illégalité interne et qu'il est dans l'essence de la notion d'autorité administrative que celle-ci se comporte selon la loi. Cependant, nombre d'éléments conduisent à penser que le critère organique ne peut jouer un rôle exclusif. Tout d'abord, on peut relever plusieurs cas où l'objet de l'acte, bien que celui-ci émane d'une autorité ou d'un organe administratif, entre en ligne de compte dans la détermination de son caractère administratif (étant précisé que l'on recherche ce

(245) Cf. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, Athènes, 1954, p. 41 à 43.
(246) Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Sirey, 1901, p. 277.
(247) Cf. H.-F. Koechlin, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Rousseau, Paris, 1950, p. 62 ss (cf. infra). On peut y rattacher également le vieux critère de compétence, qui le dépasse, des parties au litige et de l'intérêt de l'Etat, encore que celui-ci soit rapidement apparu comme une condition nécessaire, mais non suffisante (ex. : CE, ordonnance du 13 janvier 1816, Rochechouart/Régie des Domaines, Roche et Lebon I, p. 628 ; il s'agit cependant d'une affaire où intervenait une disposition législative attributive de compétence aux tribunaux ordinaires).
(248) Cf. *Traité de droit constitutionnel, tome II*, 3e éd., Boccard, Paris, 1928, p. 284 ss.
(249) Ex. : Enrique Sayagùès Laso, *Traité de droit administratif*, tome I, 3e éd., Paris, 1964, p. 142 et 143 et 388.
(250) Cf. Long, Weil, Braibant, ..., op. cit., n° 19, p. 111.
(251) Cf. T.C., 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, Rec. p. 437, S 1878 II, p. 93, concl. Laferrière.

dernier dans un but contentieux) : ainsi en est-il des actes de gouvernement, que leur objet amène à écarter de tout contrôle juridictionnel ; de même, c'est l'objet qui permet de déterminer le caractère administratif ou non de l'acte en ce qui concerne les décisions prises par le Président de la République dans le cadre des pouvoirs qu'il tire de l'article 16 de la Constitution (252) ; par ailleurs, dans la solution générale affirmant la détachabilité des mesures à caractère réglementaire (253), l'objet (ou l'un de ses corrélats : la portée) joue encore de manière décisive. En outre, la plupart des actes pris par des personnes publiques (dont toutes ne comprennent certes pas des autorités administratives) concernant une activité qui ne constitue pas un service public, relèvent du juge judiciaire (254). Il convient également de rappeler que la majorité de la doctrine classique, rattachant l'acte administratif à la fonction administrative, fait indirectement intervenir le but dans la définition de celui-là (255), cependant que les auteurs qui sont opposés à cette analyse font reposer, pour leur part, le caractère administratif sur l'objet (256) sans qu'on puisse cependant tenir ici compte de leur analyse autrement qu'à titre indicatif. On comprend donc que certains auteurs aient pu affirmer qu'«un acte n'est administratif qu'à la double condition d'émaner d'une autorité publique et, de plus, d'avoir un objet administratif» (257).

Une difficulté sérieuse surgit alors : en effet, une fois ces différents critères potentiels dégagés, il s'agit alors de les combiner (258). Deux exemples seraient susceptibles d'éclairer dans cette démarche, pour lesquels un problème de combinaison de critères se pose également. En ce qui concerne la détermination du caractère administratif des contrats, tout d'abord, on semble retrouver les mêmes problèmes : pour les contrats entre personnes publiques existe une présomption de caractère administratif (259), renversée éventuellement par la considération de l'objet si celui-ci ne fait naître que des rapports de droit privé (260) ; quant aux contrats entre une personne publique et une personne privée, la présence de celle-là constituant une condition sine qua non, le juge prend en compte soit la présence de clauses exorbitantes du droit commun (261), soit l'objet administratif par nature,

(252) Cf. CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, in Long, Weil, Braibant,..., op. cit., n° 100 p. 598.
(253) La prise en compte de la seule portée ne suffit toutefois pas lorsque ladite mesure émane d'une personne privée : cf. T.C., 12 juin 1961, Rolland, *AJDA* 1961, p. 633, chron. p. 606 (la SNCF).
(254) C'est le cas pour certaines entreprises publiques, par exemple (cf. Civ., 13 mai 1957, S 1958 I p. 77), ou pour des entreprises devenues la propriété de l'Etat par voie de déshérence (ex. : CE, 12 juillet 1955, Clément, Rec. p. 415). Toutefois, dans le cas où l'Etat agit pour le compte d'une personne privée, c'est le juge administratif qui demeure compétent pour apprécier la légalité des mesures alors prises (le juge judiciaire l'étant pour apprécier la responsabilité des entreprises concernées, paradoxalement seule engagée ; le Tribunal des conflits a condamné cette position) : par exemple pour les mesures d'épuration à l'égard du personnel d'entreprises privées (ex. : CE, 4 janvier 1952, Pourcelet, Rec. p. 4 ; CE, 28 mars 1952, Codos, Rec. p. 191, concl. Donnedieu de Vabres).
(255) C'est le cas d'Hauriou ou d'Artur.
(256) Il s'agit principalement de Duguit (cf. *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., tome II, 3e éd., p. 284 ss ; l'auteur y expose et critique les opinions précitées) et de Jèze (cf. *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, 3e éd., Giard, Paris, 1925, p. 38 ss).
(257) Marcel Waline, note sous CE, 6 octobre 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux, *RDP* 1962, p. 721 (726) ; l'éminent commentateur cite d'ailleurs à l'appui un exemple d'une éventuelle «décision administrative de droit privé» : CE, 13 novembre 1924, Société des Films Eclipse, Rec. p. 886 (arrêté préfectoral pris pour l'exécution d'un contrat de vente). Cf. également Auby et Drago, op. cit., n° 401 et 402.
(258) Sur ce problème et ses aspects concrets, cf. P. Delvolvé, op. cit. p. 47 à 55.
(259) Cf. T.C., 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, Rec. p. 537, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle.
(260) Cf. CE, 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale du Blénod-lès-Pont-à-Mousson, *AJDA* 1990, p. 614, note Colly.
(261) Cf. CE, 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges, in Long, Weil, Braibant, ..., op. cit. n° 29 p.154.

c'est-à-dire pour l'exécution même du service public (262), ou en vertu d'une détermination légale (263), ou le lien service public administratif-usager (264), soit, dans un cas, le régime même du contrat (265) ; en ce qui concerne enfin les contrats conclus entre personnes privées, ils sont en principe non administratifs. Le second exemple est celui des actes unilatéraux pris par des personnes privées et qui se voient reconnaître le caractère administratif lorsqu'ils sont pris pour l'organisation ou l'exécution du service public, et/ou (c'est là un objet de débat) marquent l'exercice de prérogatives de puissance publique (266). Il convient cependant de relativiser la portée de tous deux en faisant ressortir la différence avec notre situation : dans le premier cas, on se trouve dans une situation de théorique égalité et de collaboration, alors que l'acte unilatéral manifeste plutôt le commandement et l'autorité, en droit public comme en droit privé (267) ; dans le second cas, il s'agit en fait de renverser la «présomption de non-administrativité», pour reprendre une expression de M. Delvolvé, en mettant en lumière un élément "évoquant" une autorité administrative à part entière.

• *La recherche d'un critère de qualification*

Dans cette perspective, plusieurs questions se posent alors au sujet de la qualification de ces actes auxquels la doctrine refuse le nom d'actes mixtes (268), ce qui oblige à faire un choix entre acte administratif et acte privé. Certaines définitions doctrinales très larges de l'acte administratif permettraient d'y englober les «décisions administratives de droit privé» (269). Pousse dans le même sens l'idée selon laquelle il faut somme toute considérer l'acte administratif comme le mode d'expression et d'action "naturel" de l'administration, au nom du principe de légalité (270). Mais alors, c'est la définition de l'autorité administrative que l'on risque à terme de mettre en cause, notamment par une tendance à l'hypertrophie de l'élément organique. La question s'est effectivement posée en doctrine : certains, tenants d'une vision très "institutionnelle" de l'autorité administrative et du recours pour excès de pouvoir, ont fait de celui-ci un critère de reconnaissance de l'acte administratif et refusé aux actes unilatéraux de gestion privée le caractère administratif, ainsi qu'aux autorités les prenant (271), alors que d'autres, en fait aussi respectueux de la notion classique d'autorité administrative au point d'affirmer que cette qualité ne puisse pas se perdre, adoptent la positions inverse (272). Autant de questions délicates auxquelles il paraît difficile d'apporter une réponse tranchée, mais qui font surtout ressortir l'impossibilité d'y répondre de manière globale : on met ici le doigt sur un problème majeur de notre étude, qui est l'hétérogénéité affirmée de l'ensemble des «décisions

(262) Cf. Sect., 20 avril 1956, Epoux Bertin, eod. loc., n° 97 p. 536 ; Sect., 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, Rec. p. 342, concl. Chardeau.
(263) Contrats d'exécution de travaux publics, ou d'occupation du domaine public, par exemple.
(264) On peut tenir cette situation pour une modalité d'exécution du service public. Cependant, la jurisprudence semble parfois prendre plutôt en compte l'existence de clauses exorbitantes (ex. : Sect., 29 juin 1979, Dame Bourgeois, Rec. p. 292).
(265) Sect., 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec. p. 48.
(266) Sur l'ensemble, cf. P. Delvolvé, op. cit., p. 40 à 47 ; Franck Moderne, «Remarques sur le concept d'acte administratif dans ses relations avec les notions de personne privée et de service public à gestion privée», *AJDA* 1975, p. 4 ; Jean-François Lachaume, «Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif», in *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974.
(267) Cf. G. Dupuis, art. préc.
(268) Cf. Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1971, p. 26 et 27.
(269) Cf. C. Eisenmann, op. cit., tome II, p. 737.
(270) Cf. M. Stassinopoulos, op. cit., p. 17 ss et p. 23 et 24.
(271) Cf. Ch. Lavialle, *L'évolution de la conception...*, op. cit., p. 45 et 46 et p. 56 à 58.
(272) Cf. P. Sabourin, *Recherches sur la notion d'autorité administrative...*, op. cit., p. 123.

administratives de droit privé» dont la définition, en outre, contient un élément de reconnaissance de compétence, ce qui contribue à troubler encore plus la situation. Il semble, en fait, qu'il faille dissocier qualification et compétence (273), pour écarter notamment le problème des attributions légales de compétence et la problématique de la détachabilité, étrangères à l'identification en soi de l'acte administratif, et distinguer alors entre les différentes activités concernées, en recherchant si l'autorité s'y comporte ou non comme un particulier (274) et en réservant le cas où elle est cocontractante.

b) Le problème du caractère décisoire

La question du caractère décisoire des «décisions administratives de droit privé» affirmé par M. Lamarque semble, quant à elle, plus facile à résoudre. Le caractère décisoire de l'acte a été largement étudié (275) et distingué depuis longtemps (276), et l'on sait qu'il ne correspond pas nécessairement au caractère administratif : on connaît le cas des mesures d'ordre intérieur notamment (277). On sait ce que la théorie de la "décision exécutoire" due à Hauriou essentiellement (278), a pu engendrer de confusion en la matière (279), particulièrement à propos du caractère exécutoire (280).

Pour notre part, nous considérons qu'il n'est pas possible de parler en l'espèce de décision : en effet, le caractère décisoire semble se traduire par la volonté d'influer sur l'ordonnancement juridique (ou de le laisser en l'état) avec des effets immédiats ou seconds et toujours généraux, le tout caractérisant spécialement la puissance publique. Dans notre cas, on paraît plutôt être en présence de la situation d'un acte juridique, généralement défini comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (281) mais sans ce caractère normatif très particulier exercé à l'échelon de la collectivité toute entière (même si l'acte est individuel). On doit également distinguer d'avec le fait que l'acte peut faire ou non grief (282). Enfin, le caractère décisoire et le privilège du préalable ne sont pas à considérer comme liés par un lien exclusif : ce dernier peut se retrouver dans nos cas, mais tient plus à la qualité indélébile de l'auteur de l'acte de manière générale (cf. infra).

B - LES «DÉCISIONS ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVÉ» ET LE CADRE DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

On le voit : les développements précédents soulèvent un certain nombre de questions délicates auxquelles les éléments abordés de la théorie générale de l'acte administratif ne permettent pas, pour le problème du caractère administratif du

(273) La voie semble avoir été déjà ouverte, notamment par MM. Virally (art. préc. en introduction) et Chapus (art. préc.).
(274) Cf. CE, 29 janvier 1986, Commune de Hartmannsviller, Rec. T. p. 444 (à propos d'une demande d'expulsion d'un occupant sans titre du domaine privé).
(275) Pour un résumé, cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 348 ss.
(276) Ex. : CE (conflit), ordonnance du 17 juin 1818, Chabrillan, Roche et Lebon II, p. 367.
(277) Assimilé à celles-ci au plan contentieux, les directives doivent sans doute aujourd~hui être envisagées à part : cf. Procopios Pavlopoulos, *L'apport de la notion de directive à la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse, Paris II, 1977, p. 202 ss et p. 219 ss et passim.
(278) Cf. *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 238 ss ; cf. également Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1966, p. 128 à 134.
(279) Pour une analyse critique, cf. C. Eisenmann, op. cit., p. 743 ss.
(280) Cf. R. Chapus, op. cit., p. 350. M. Lamarque semble lui aussi victime d'une certaine confusion.
(281) On remarquera l'inversion chez M. Delvolvé. La question demeure alors de savoir si c'est la volonté elle-même qui crée l'acte et engendre ses effets, ou comme le pense Duguit, la rencontre de la volonté et de la loi.
(282) Sur ce problème, cf. Joseph Nsimba, *La notion d'acte faisant grief dans le droit administratif français*, thèse, Rennes I, 1987.

moins, d'apporter une réponse suffisamment claire et tranchée au regard de notre sujet. À défaut d'une solution très nette, tel pourrait cependant bien être le premier intérêt de l'étude des «décisions administratives de droit privé» : celui de nous interroger sur des points fondamentaux, qui sont le plus souvent abordés sous l'angle inverse des organismes privés édictant des actes administratifs. La recherche de plus de clarté dans les questions évoquées oblige à un examen supplémentaire, qui correspond au deuxième intérêt de l'étude ici entreprise : en effet, il va falloir maintenant confronter les «décisions administratives de droit privé» à ce que l'on pourrait nommer le "cadre" de la théorie générale de l'acte administratif, c'est-à-dire l'ensemble des données qui, à la fois, la fondent et l'environnent. Ces données peuvent être considérées comme relevant de deux ordres : d'une part une inévitable et nécessaire référence historique, provoquant une mise en perspective souvent très éclairante, apparaît indispensable ; d'autre part, tant la théorie générale que celle des «décisions administratives de droit privé» se rattachent chacune à une conception particulière du droit administratif, sur lesquelles il convient de réfléchir pour apprécier la portée conceptuelle cette fois, et la viabilité rationnelle de celles-là.

a) La mise en perspective historique

Sans aucune prétention à l'exhaustivité, il s'agit ici d'évaluer la dimension historique des différentes difficultés rencontrées supra, pour en percevoir l'ancienneté éventuelle, et peut-être en mieux comprendre l'articulation. On gardera à l'esprit que l'antériorité chronologique ne saurait constituer qu'une indication (plus ou moins précieuse) dans notre contexte, sans acquérir la valeur d'un argument scientifique déterminant.

Un tel ensemble d'éléments se révèle si riche que sa présentation exhaustive et aussi fidèle que possible dépasserait largement le cadre de notre recherche. Celle-ci devra donc se cantonner aux aspects les plus intéressants pour notre problématique. Afin de l'ordonner, il paraît possible d'en exposer le contenu en deux types du raisonnement, qui correspondent, d'ailleurs, aux deux étapes que l'on pourrait dégager dans l'évolution historique pour l'élaboration et vers l'achèvement d'un mécanisme satisfaisant de répartition de compétences. Une donnée préalable doit être rappelée, tenant à la fois à la méthodologie et au fond et qui serait peut-être passée inaperçue si la question ne s'était pas posée en doctrine (283) et au cours de notre analyse (cf. supra) : celui du rapport entre nature administrative et compétence de l'autorité ou du juge administratif. Si le problème de l'indissoluble confrontation entre contentieux par nature et contentieux par détermination de la loi (284),demeure pour partie, sous son angle permanent et consubstantiel au système français, la situation est différente, dans la mesure où, dans le cadre traditionnel, nature de la contestation, parties et actes en présence et droit applicable semblent former un tout plus harmonieux.

1) Simplicité et rigueur : définition et portée de l'acte administratif

Deux aspects sont ici à examiner : d'une part, la définition ou, plus exactement, l'identification de l'acte administratif, d'autre part, la place de l'acte administratif dans la détermination de la compétence du juge administratif.

(283) Cf. R. Chapus, art. préc.
(284) Cf. H.-F. Koechlin, op.cit., p. 52.

• *L'identification de l'acte administratif*

L'acte administratif s'identifie souvent par ses caractères extérieurs (285), mais surtout par la qualité de son auteur (286). Dans certains cas, le caractère administratif découle également de celui de l'opération dont il est à l'origine (287) ; on se trouve ici à la limite entre le critère organique et le critère matériel. C'est ce dernier qui prévaut dans l'hypothèse des actes dits d'intérêt national, n'échappant pas au contentieux comme les actes de gouvernement, mais touchant des matières "sensibles" (essentiellement la législation des biens nationaux et celle relatives à l'émigration) (288).

• *La place de l'acte administratif dans la détermination de la compétence*

L'acte administratif échappe presque totalement aux tribunaux ordinaires (289), éventuellement même dans les domaines de leur compétence (290). Le juge judiciaire ne peut ni apprécier la validité des actes administratifs, réglementaires ou individuels, ni les interpréter (291), ni s'immiscer dans leur exécution (292), mais d'une part, conserve l'obligation de les appliquer «sans les entreprendre», d'autre part en a la faculté lorsque l'acte est clair (293). L'acte administratif apparaît donc comme le critère principal de répartition, dans la logique des textes de l'époque révolutionnaire (294) : ainsi, dans des domaines où la compétence judiciaire est importante, la seule présence d'un tel acte entraîne la compétence de l'autorité administrative (295) ; de même, au regard du moins de la compétence juridictionnelle, certaines notions se révèlent définies de manière analogique ou s'effacent devant l'acte administratif, dont la prééminence en tant que critère de compétence se trouve encore renforcée : c'est le cas pour le critère de l'opération administrative, ramené au rang de critère complémentaire bien que, si l'on

(285) Ex. : Civ., 21 mai 1827, Fargues, S. chron. tome VIII I p. 602, dans une affaire où les parties tentaient vainement d'amener le juge judiciaire à connaître d'un acte administratif par le biais de l'inscription de faux.
(286) Ex. : CE (conflit), ordonnance du 30 avril 1828, Héritiers Baudenet, Rec. p. 414 (ordonnance du Roi équivalant à un décret simple) ; CE (conflit), ordonnance du 14 juillet 1830, Matignon, Rec. p. 538 (décision ministérielle) ; CE (conflit), décret du 10 novembre 1807, Lemoine/Régisseur de l'octroi de Paris, Roche et Lebon I, p.106 («acte émané du préfet»)
(287) Ex. : CE (conflit), ordonnance du 8 septembre 1824, Graziani, Rec. p. 585 (affectation d'un immeuble au service public du culte) ; CE (conflit), décret du 24 juillet 1806, Daussy/Commune d'Oismont, Roche et Lebon I, p. 45 (rôle rendu exécutoire par l'intendant de Picardie).
(288) Cf. Koechlin, op.cit., p. 66 à 69 et p. 149 à 162.
(289) Ex. : CE (conflit), arrêté du 16 ventôse an XI (17 mars 1801), Régie de l'Enregistrement/Boyer Fonfroide, Roche et Lebon I, p. 4 ; Req., 30 avril 1829, Société Sainte Agathe/Valette, S. chron. tome IX I p. 282.
(290) Ex. : CE, décret du 30 thermidor an XII (18 août 1804), Héritiers Languedoc-Becthomas/Lambert-Frandeville, Roche et Lebon I, p. 28 et 29. Ils demeurent cependant compétents dans la mesure où ils ne touchent pas à l'acte administratif.
(291) La distinction entre les deux opérations n'est pas très clairement établie à l'époque : on considère qu'il s'agit là de deux questions touchant à la substance de l'acte administratif.
(292) Cf. Koechlin, op.cit., p. 74 à 86 ; Auby et Drago, op.cit., p. 383. Il convient toutefois de réserver ici le cas de la juridiction répressive (cf. les célèbres conclusions Merlin de 1810 in *Questions de droit*, 4ème éd., tome XI, 1829, p. 359, et la ratification de cette solution par l'article 471-15° du Code Pénal de 1832). Par ailleurs, les tribunaux civils, selon une distinction un peu plus subtile, se voient reconnaître dans certains cas une possibilité limitée d'interprétation des actes : cf. Koechlin, op. cit., p. 83 (à propos de l'"affaire Grétry").
(293) Ex. : CE (conflit), ordonnance du 5 novembre 1823, Commune de Saint-Germain en Laye/Guettard, Rec. p. 717.
(294) Cf. Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, réimpression L.G.D.J., Paris, 1989, p. 429.
(295) Par exemple à propos du contentieux des domaines engagés : cf. Koechlin, op.cit., p. 145 et 146, dans l'affaire d'Annebault.

s'en tient à la lettre des textes, il dût s'avérer la notion-pivot en la matière (296), ou pour le critère naissant du service public (297).

2) Complication et atténuation : la valeur relative du critère organique et la portée limitée de l'acte administratif

• En ce qui concerne, tout d'abord, le fait que, petit à petit, le critère organique d'identification de l'acte administratif ait perdu son caractère exhaustif (si tant est d'ailleurs qu'il l'ait jamais revêtu), certains des exemples mentionnés supra nous ont déjà fait percevoir le rôle éventuel de l'objet ou de la matière touchée. De manière plus significative, on a vu la jurisprudence et la doctrine prendre en compte l'intention de l'auteur de l'acte ou le but poursuivi : ainsi, un maire ayant fait exécuter des travaux de curage sur un terrain qu'il estimait appartenir à la commune est jugé avoir agi non dans un but administratif de police, mais en tant que propriétaire (298) ; de son côté, Chauveau écrit en 1841 (299) : «Pour que la justice ordinaire soit dessaisie, il faut qu'il s'agisse d'un acte d'administration nécessité par un besoin d'intérêt général» (300). Enfin et surtout, c'est bien sur l'objet ou la matière qu'insiste de plus en plus la doctrine. Chauveau écrit encore : «(...) l'acte protégé par les lois sur la séparation des pouvoirs ne puise pas sa qualification dans la qualité de la personne qui le reçoit, mais dans la matière qu'il concerne». Mais la formulation la plus claire d'une telle idée doit être attribuée à l'analyse a posteriori de Laferrière : expliquant que le législateur révolutionnaire avait entendu ôter à la compétence judiciaire tous les actes administratifs quels qu'ils soient, l'éminent auteur précise que «cette doctrine absolue n'est pas celle du droit administratif moderne. La jurisprudence du Conseil d'État l'a progressivement atténuée en soumettant la notion de l'acte administratif avec une notion trop négligée au début, celle des attributions fondamentales de l'autorité judiciaire» (301). Il convient de préciser que l'idée d'une compétence contentieuse administrative par nature s'avère assez ancienne (302).

• Parallèlement émerge et se confirme l'existence de domaines de compétence judiciaire par nature outre ceux fixés et garantis par la loi. Cette idée d'une compétence par nature, déjà explicitée et défendue par de grands théoriciens et praticiens comme Macarel, Cormenin, Gérando ou Henrion de Pansey (303),

(296) Ex. : CE, décret du 3 janvier 1812, Deshoms/Deshoms, Roche et Lebon I, p. 311. Cette technique d'extension de la portée de l'acte administratif au contentieux par rattachement est surtout pratiquée par les juridictions judiciaires, ce qui aboutit à des situations de compétence administrative en vertu de la présence d'un acte concrètement difficile à déceler (ex. : Civ., 21 mars 1814, Gramont, *Compétence administrative*, Répertoire alphabétique Dalloz , n° 122 p. 468, note 1). Le même raisonnement est employé en matière contractuelle : Cf. Koechlin, op. cit., p. 270.

(297) Ex : CE (conflit), ordonnance du 17 juin 1818, de Chabrillan, Roche et Lebon II, p.367 ; CE (conflit), décret du 16 frimaire an XIV (7 décembre 1805), Viogné et Chartier, Roche et Lebon I, p. 39.

(298) CE (conflit), ordonnance du 28 juillet 1824, Travers/Maire de la Commune de Mesnil-Raoult, Rec. p. 449. On a pu voir dans ce mode délicat de détection de l'acte administratif l'une des manifestations primitives de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion, qui ne jouera cependant de manière significative comme critère de répartition qu'à partir de la fin du XIXème siècle.

(299) In *Principes de compétence*, tome I, p. 122.

(300) Lui font écho sur ce point les propos d'Arnaud de Praneuf qui, dans son *Traité des juridictions administratives* de 1868, distingue entre l'«administration agissant au nom de l'Etat comme grand propriétaire» et «l'administration agissant au nom de l'Etat comme représentant les intérêts généraux de la société, pour assurer les services publics» (p. 43).

(301) Cf. Laferrière, op. cit., p. 429.

(302) Cf. Pierre Sandevoir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., Paris 1964, p. 149 à 151 : l'auteur cite l'affaire Gamard jugée en matière fiscale par le Tribunal de cassation le 28 septembre 1793 et l'arrêté du 13 brumaire an X relatif aux conflits d'attribution.

(303) Cf. Koechlin, op.cit., p. 280 à 289, et p. 296 à 298.

regroupe, si l'on excepte donc les contributions indirectes et autres matières confiées au juge judiciaire en vertu d'une disposition législative : le domaine privé, peu à peu distingué par d'importants travaux doctrinaux (304), et dont l'essentiel du contentieux se trouve attribué aux tribunaux du fait que les biens en relevant sont gérés comme par un propriétaire privé ; les problèmes de propriété (305) ; les actes anciens (306) et les titres de droit privé (307) ; les questions d'état et de nationalité (308) ; toutes questions concernant les rapports entre particuliers et les intérêts privés, les règles et les moyens de droit privé et notamment de droit civil (309) ; l'ensemble du contentieux contractuel (les questions se posent globalement de manière similaire pour le contrat et l'acte administratif unilatéral). La conséquence en est principalement que l'intervention d'un litige dans une de ces matières peut aboutir à mettre en échec un critère de compétence au profit de l'administration : ainsi de l'acte administratif ou de la présence de l'État comme partie en matière de propriété (310). Dans certaines hypothèses même, un acte émanant d'une autorité administrative peut ne pas être considéré comme administratif (311). Enfin, il convient de signaler deux cas généraux de compétence judiciaire à l'égard des actes administratifs : celui où celle-ci apparaît comme une sanction à la nullité grave (assimilable à l'inexistence) desdits actes (312), et celui où l'administration a réservé dans son acte une question de la compétence des tribunaux (313).

• Dans ce contexte, la jurisprudence et la doctrine, à la recherche d'un principe clair de répartition des compétences, ont dégagé plusieurs solutions, que nous ne ferons ici que mentionner vu leur richesse et leurs implications :

- on a cherché à asseoir la compétence du juge administratif sur la théorie dite de l'État débiteur (314),

- surtout, on a voulu fonder la répartition sur la célèbre distinction entre actes d'autorité et actes de gestion (315), déjà formulée assez clairement par Henrion de Pansey, mais théorisée surtout par Laferrière (316), au nom de l'idée selon laquelle «il faut que le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte, et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il se propose» (317). On rappellera simplement que la distinction a évolué de ses origines à son abandon, dans la mesure où les actes de gestion ont formé une catégorie plus ou moins large : au départ, ceux-ci n'englobaient que les actes accomplis par l'État en qualité de

(304) Ex : Req., 17 juillet 1849, D 1850 III, p.34 ; CE, 7 décembre 1844, Finot, Rec. p. 629 ; T.C., 15 mars 1850, D 1850 III, p. 34.
(305) Cf. Auby et Drago, op.cit., p.389 et 390 ; Koechlin, op. cit., p. 204 ss.
(306) Ex. : CE (conflit), ordonnance du 24 décembre 1818, Balin/Julien, Roche et Lebon II, p.441 ; CE. décret du 30 juin 1813, Pinteville, Carnon, Perreau et Consorts, Roche et Lebon I, p. 459 (dans le contentieux "très administratif" de la vente des biens nationaux).
(307) Cf. Koechlin, op. cit., p. 192 ss.
(308) Ex. : CE, décret du 4 novembre 1811, de Camby/Régie des domaines, Roche et Lebon I? p.303 ; CE, ordonnance du 5 avril 1826, de Schomberg, Rec. p. 197.
(309) Sur ces deux dernières notions, cf. Koechlin, op. cit., p. 195 à 200 et p. 226 à 251.
(310) Ex. : CE, ordonnance du 31 janvier 1817, Descarsins/Hérot, Roche et Lebon II, p. 170 ; CE, ordonnance du 4 mars 1819, Prince de Beaufremont/Commune de Vauchoux, Rochê et Lebon II, p.472 ; CE (conflit), 8 juillet 1807, Desimple/Préfet de la Lys, Roche et Lebon I, p. 90.
(311) Cf. Koechlin, op. cit., p. 190 à 192 (à propos des lettres de change et autres effets de commerce).
(312) Ex. : CE, ordonnance du 23 octobre 1816, de Noailles/Revin, Roche et Lebon II, p. 133.
(313) Ex. : CE, ordonnance du 8 mai 1822, Blondeau de Laurière/Héritiers Mérignet, Rec. p. 455.
(314) Cf. Koechlin, op. cit., p. 103 à 11 ; René Chapus, op. cit., p. 568.
(315) Cf. Auby et Drago, op. cit., p. 391 à 393 ; Cf. J. Lamarque, *Recherches sur l'application* ..., op. cit., p. 21 ss (l'auteur y mentionne et discute notamment la thèse originale de M. Chapus).
(316) Cf. Laferrière, op. cit., p. 429 à 439 ; Stassinopoulos, op. cit., p. 25 à 28 ; Roger Bonnard, *Précis de droit public*, Sirey, Paris, 1937, p. 182 et 183.
(317) Ibid.

propriétaire de biens domaniaux ; puis, sous le Second Empire, la notion recouvre un champ beaucoup plus vaste, qui concerne la gestion de l'ensemble des services publics. Enfin, Hauriou distinguera, au sein des actes de gestion, la gestion publique et la gestion privée, au nom de la puissance publique. Critiquée, la distinction a finalement été abandonnée (318).

Les données de cette distinction jugée imprécise et obsolète n'en demeurent pas moins proches de celles de notre problématique. Leur dépassement forcé oblige alors à s'interroger sur le principe même du droit administratif.

b) Une certaine vision du droit administratif

L'occasion est ici donnée d'examiner le fondement doctrinal, voire idéologique des différents éléments et points de vue envisagés jusqu'à maintenant. Un tel examen doit s'opérer en deux temps et sous deux aspects : d'une part, la vision du droit administratif correspondant à la doctrine des «décisions administratives de droit privé», d'autre part, et en guise de réponse, celle qui paraît encore sous-tendre l'ensemble de notre système.

1) L'idée du droit administratif présente dans la théorie des «décisions administratives de droit privé»

Cette idée apparaît en fait comme une véritable tendance exprimée chez divers auteurs, dont évidemment M. Lamarque. Elle part d'un double constat : celui de l'application du droit privé à la puissance publique dans diverses hypothèse générales, et, en dynamique, celui de l'augmentation considérable de la part de droit privé applicable. Mais le phénomène le plus intéressant demeure à ce propos l'interpénétration croissante et les rapports étroits entre droit public et droit privé applicable, manifestation de ce que l'on a dénommé la théorie de l'hybridation, dont le président Latournerie demeurera sans doute l'analyste le plus éclairé (319). Par ailleurs, on doit garder présent à l'esprit le débat sur la surface et le contenu du droit administratif, droit applicable à l'administration, droit spécial ou droit «notionnel» (320). La préférence des membres de la doctrine évoqués supra va en la matière à la première solution : la jurisprudence du "bac d'Eloka" (321) a, selon ces auteurs, remis en cause le caractère spécial contenu dans l'arrêt Blanco (322) et fait ainsi place nette pour l'application de deux grands blocs juridiques, dont l'un, certes, ne perd pas son particularisme, mais ne saurait reléguer à ce titre le droit privé à une situation d'applicabilité exceptionnelle (323). Une conséquence majeure de ce raisonnement est l'absence de signification idéologique propre du droit public et du droit privé, leur distinction ne pouvant notamment se fonder sur l'antithèse

(318) Cf. Koechlin, op. cit., p. 294 : Locré, au début du XIXème, contrairement à une idée reçue, condamne déjà une telle distinction et semble d'ailleurs avoir posé avant Hauriou la différence entre gestion publique et gestion privée ; C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome I, op. cit., p. 565 à 567. Pour une critique de la distinction des agents publics y correspondant, cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., tome III, 1930, p. 12 à 23. Pour un développement sur l'abandon de la distinction, et notamment sa date, Cf. J. Lamarque, op. cit., p. 25 à 30.

(319) Cf. Robert Latournerie, «Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? ou jouvence ?», *E.D.C.E.* 1960, p. 61. On peut également se reporter à l'analyse de Charles Eisenmann sur le principe dualiste, «vrai principe du droit actuel», in *Cours de droit administratif*, op. cit., tome I, p. 137 ss.

(320) Cf. Eisenmann, op. cit., p. 21 à 117. L'idée de droit notionnel vise surtout la définition de Jèze (et de Bonnard) du droit administratif comme droit des services publics.

(321) T.C., 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, in Long, Weil, Braibant, ... op. cit., n° 40, p. 219.

(322) T.C., 8 février 1873, Blanco, eod. oc., n° 1, p. 15.

(323) Cf. Eisenmann, op. cit., p. 138 et 139.

autonomie de l'individu/soumission de l'individu, ou intérêt individuel/intérêt général ; la division entre droit public et droit privé revêt alors un caractère essentiellement pratique (324).

L'ensemble de ce point de vue est ainsi développé par M. Lamarque dans sa thèse publiée en 1960. Cherchant tout d'abord à distinguer droit public administratif et droit privé administratif, l'auteur s'appuie sur l'opposition droit commun-droit exorbitant, les dérogations pouvant se révéler positives, mais aussi négatives, ainsi que l'a démontré de manière définitive M. Rivero (325). Une précision doit être immédiatement apportée. Un tel recours à la notion d'exorbitant ne saurait faire illusion : lorsque, dans un développement précédent, nous avons mis en avant l'hétérogénéité de la catégorie des «décisions administratives de droit privé», nous avons montré l'incompatibilité entre l'"esprit" censé animer cette catégorie et la vision plus classique, celle de la détachabilité ; l'attachement au caractère exorbitant qui marque ladite vision est bien différent de son utilisation ici : dans le premier cas, c'est au caractère exorbitant par essence que l'on se réfère, tandis que dans le second, marqué par une sorte d'indétermination ontologique typique d'un certain positivisme, l'exorbitant n'est que technique, et de l'ordre du phénomène. Puis M. Lamarque s'interroge alors, selon une démarche tout à fait caractéristique, sur la place respective du droit public et du droit privé et leur symbiose au sein des règles juridiques applicables aux services publics administratifs et, après examen, en conclut à la valeur relative de la distinction des deux régimes à travers l'exemple de diverses institutions juridiques (326). De manière générale ou à l'occasion d'un raisonnement appliqué, on retrouve la même tendance chez d'autres auteurs, tel M. Auby dans son étude du domaine privé (327), ou M. Vénézia (328). Mais c'est sans doute dans les écrits de Charles Eisenmann qu'elle s'exprime le plus complètement et le plus profondément. Il n'est pas possible d'en recenser ici toutes les manifestations, multiples tout au long de l'oeuvre du maître ; on les rencontre tout particulièrement dans les cours de 1951-1952 (329), de 1954-1955 (330) (la notion de régime joue un rôle essentiel dans la pensée d'Eisenmann) (331), de 1952-1953 (332), et les trois cours sur les actes administratifs (333). On mentionnera simplement que l'éminent professeur évoque la réalité qui fait l'objet de nos développements sous le terme d'«actes administratifs à régime de droit privé» (334).

2) La vision classique du droit administratif

Face à cette approche du droit administratif, tout à fait propice à la théorie des «décisions administratives de droit privé», demeure une vision plus classique, mais dont on peut considérer qu'elle correspond à l'esprit de notre système

(324) Cf. Charles Eisenmann, «Droit public et droit privé», *RDP* 1952, p. 903.
(325) Cf. Jean Rivero, «Existe-t-il un critère du droit administratif ?», *RDP* 1953, p. 287 : dans sa prospection, l'auteur en arrive à dédoubler le critère traditionnel de la puissance publique et à poser le binôme puissance publique/servitude publique. Cf. J. Lamarque, op. cit., p. 16 à 18.
(326) Cf. Lamarque, op. cit., p. 487 ss.
(327) Cf. Jean-Marie Auby, «Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration», E.D.C.E. 1958, p. 35.
(328) Cf. Jean-Claude Vénézia, «Puissance publique, puissance privée», in *Recueil en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 363.
(329) *Définition et structure du droit administratif*, in *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 13 ss.
(330) *Régimes de droit public et régimes de droit privé*, eod. loc., p. 301 ss.
(331) Cf. Jean-Louis de Corail, «Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann», in *La pensée de Charles Eisenmann*, sous la direction de Paul Amselek, Economica-P.U.A.M., Paris, 1986, p. 187 (190).
(332) *Le droit applicable à l'administration*, in *Cours...*, op. cit., p. 527 ss.
(333) 1956 à 1959, in *Cours...*, op. cit., tome II, p. 335 ss.
(334) Op. cit., p. 737 et 738.

administratif à défaut de refléter avec une parfaite exactitude l'apparence du droit positif. On peut en trouver la substance exposée dans les écrits du doyen Vedel (335), disciple d'Hauriou. Les solutions de droit positif du célèbre article de 1954 sont certes aujourd'hui en partie obsolètes, mais le raisonnement et surtout le principe en demeurent largement valables. L'éminent auteur, ancien membre du Conseil constitutionnel, y démontre de manière magistrale le rattachement du droit administratif au droit constitutionnel, prétexte à une analyse critique très serrée des thèses de l'"école du service public" et des causes du déclin de celle-ci. L'enracinement des principes du droit administratif dans le droit constitutionnel par l'intermédiaire de la fonction exécutive permet d'affirmer la primauté du critère de la puissance publique relié à la théorie de la souveraineté nationale (336).

Ainsi, tout apparaît lié : dans une telle optique, et si l'on excepte une fois encore les cas de compétence octroyée par le législateur, l'idée de contentieux administratif par nature, d'acte administratif par son objet ou son but d'intérêt général se révèlent comme des manifestations secondes ou des aspects dérivés du critère organique qui marque et traduit l'intégration de l'autorité édictrice dans un ensemble hiérarchisé et ordonné (337), c'est-à-dire finalisé. Ceci explique pourquoi le seul critère organique peut apparaître parfois insuffisant, et donc la coexistence de plusieurs critères de détermination de la compétence, mais aussi leur hiérarchisation ; telle devrait être du moins la vision idéale d'un contentieux administratif où les considérations d'opportunité ne viendraient pas troubler la sérénité théorique de la répartition des compétences. Cette approche "intégrée" de l'acte administratif semble même correspondre aux tendances les plus récentes de la philosophie du droit concernant la définition de l'acte juridique : le rejet du volontarisme classique se double d'une prise en compte beaucoup plus aiguë de l'aspect "institutionnel" par lequel le fait social trouve son sens (338) ; en toute hypothèse, on peut la rattacher à la théorie juridique plus traditionnelle qui voit dans l'acte juridique l'exercice d'un pouvoir légal (339). Elle entraîne plusieurs conséquences. Tout d'abord, le recours aux prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire le choix de satisfaire l'intérêt général par l'utilisation des moyens exorbitants mis à disposition implique normalement la compétence du juge administratif : tel sera le cas, par exemple, pour un service public industriel et commercial dont l'autorité gestionnaire use de son pouvoir de prendre des mesures générales et impersonnelles, ou, sur le terrain de la responsabilité, lorsque le dommage résulte de la mise en oeuvre d'une telle prérogative (340). Par ailleurs, l'idée d'une puissance

(335) «Les bases constitutionnelles du droit administratif», E.D.C.E. 1954, p. 21 ; «Les bases constitutionnelles du droit administratif», in *La pensée de Charles Eisemnann*, op. cit., p. 133 ; cf. également les préfaces de plusieurs éditions de son *Manuel de droit administratif.*

(336) Pour une analyse similaire, cf. F. Moderne, *Recherches sur la puissance publique* ...., op. cit., p. 125 ss, et livre 3, p. 15 ss (pour une analyse de la pensée du doyen Vedel, op. cit., livre 2, p. 203 à 219).

(337) L'idée de hiérarchie s'avère donc très importante dans l'identification de l'autorité administrative et donc de l'acte administratif : cf. Stassinopoulos, op. cit., p. 42 et 43.

(338) La théorie des actes juridiques se rattache ainsi à la théorie des actes de langage : cf. N. Mac Cormick, «La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques», in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, sous la direction de Paul Amselek, PUF, Paris, 1986, p. 206. Sur l'ensemble, cf. Christophe Grzegorczyk, «L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit», *Revue Droits*, n°7 (1988), p. 47.

(339) Cf. par exemple Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, 3ème éd., Giard, Paris, 1925, p. 8.

(340) Ex. : Sect., 23 décembre 1970, EDF/Farsat, Rec. p. 790, *AJDA* 1971, p. 96, concl. Kahn. Cette remarque pourrait suggérer d'ailleurs de retenir comme critère d'identification de l'acte administratif, en relation avec ce qui a été dit précédemment, la compétence du juge administratif en cas de litige concernant l'engagement de la responsabilité de l'autorité édictrice par la prise d'une des "décisions" qui nous intéressent ici. Les éléments fournis par le droit positif ne s'avèrent cependant pas très probants en la matière : par exemple, la jurisprudence, à rebours de la doctrine (cf. J. Lamarque, op. cit. ; Auby et Drago, op. cit., René Chapus, *Droit administratif général*, tome II, 3e éd., 1988, p. 381 à

publique "dosable", ou d'une échelle de "publicité", comme l'analysait M. Auby dans son étude précitée sur le domaine privé, semble difficilement admissible : en effet, outre qu'une telle situation supposerait éventuellement l'existence d'une compétence discrétionnaire, la prérogative de puissance publique, liée à l'autorité publique et à sa prééminence dans l'appréciation de l'intérêt général, en revêt la présence juridique en en tirant son caractère par essence exorbitant du droit commun ; or, il s'agit là, en quelque sorte, d'un trait ontologique qui ne saurait se moduler, par définition. Quant à la compétence judiciaire pour certains actes de gestion des services publics, voire du domaine privé, alors que l'on est en présence d'une autorité administrative (dans notre hypothèse) agissant par définition le plus souvent dans l'intérêt général, elle s'explique ici, soit par le choix de se placer en situation de droit commun, au nom de l'intérêt général (341), soit, dans le second cas, également par le fait que, pour reprendre l'expression de M. Chapus, le «plus grand profit» prime en définitive sur le «plus grand service». De toute façon, il ne faut pas négliger que, dans la perspective retenue ici, le moyen, c'est-à-dire la puissance publique, va concrètement précéder le but (342), et que c'est l'absence d'exercice de prérogatives de puissance qui va expliquer la compétence judiciaire, de sorte que la justification originelle de la répartition des compétences en matière domaniale, entraînant la formation d'une véritable clause de compétence judiciaire, jouerait moins aujourd'hui. Dans ces conditions, ce que l'on considère le plus souvent comme les (ou le) critère(s) de répartition ne s'avéreraient que des voies d'identification du droit applicable au fond qui, lui, constituerait le véritable critère de répartition. Bien que les cloisons ne soient pas étanches en ce domaine (343), on peut effectivement considérer qu'il existe un lien entre application du droit administratif et compétence du juge administratif ; la jurisprudence Giry, intervenue dans une matière dont nous avons déjà pu remarquer les spécificités, a connu une assez médiocre postérité (344), et nous avons déjà pu apercevoir qu'elle avait finalement abouti à produire des effets contraires à l'ambition initiale (345). Un problème délicat demeure toutefois, qui est celui de savoir lequel des deux éléments détermine l'autre, et dont la solution juste n'est pas nécessairement la plus apparente (346). L'approche la plus valable, qui fait du droit applicable au litige en fonction des parties en présence ou de l'intérêt en jeu (347) la clé de détermination du juge compétent, implique cependant la reconnaissance du caractère spécialisé du droit administratif, droit exorbitant qui, à

---

384), ne considère toujours pas la gestion du domaine privé comme un service public, et consacre la compétence judiciaire au sujet des conséquences dommageables des décisions non détachables ; de même, pour le contentieux des dommages liés au placement familial, le juge judiciaire est reconnu compétent, dans la mesure où le préfet est considéré comme agissant dans ce cas en vertu de sa mission de tuteur (ex. : CE, 31 janvier 1975, Consorts Fichon-Lavaud, Rec. p. 78 ; CE, 25 avril 1979, Département de la Gironde, Rec. p. 161), alors que le caractère de service public (dans la mesure où l'on n'exige pas le cumul de l'intérêt général et de la puissance publique pour qualifier un acte d'administratif) ne paraît pas douteux, le droit privé n'étant pas appliqué en conséquence d'un choix de gestion, mais plutôt par l'opération d'une fiction ; enfin, il en est de même pour le préjudice pouvant résulter de l'exécution du service de l'état-civil (ex. : CE, 19 mars 1980, Bordenave, *Droit administratif*, 1980, n° 127). Il faut y voir, entre autres, une réelle permanence des "blocs de compétence", dont l'influence a certes été estompée, mais pas anéantie.

(341) Cf. J. Rivero, art. préc., p. 282.

(342) Il s'agit d'un phénomène remarquable dans tous les systèmes juridiques comparables : cf. par exemple Ernst Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, trad., Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 310 ss (définition de l'acte administratif).

(343) Cf. René Chapus, «Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique», *RFDA* 1990, p. 739.

(344) Ex. : Civ. 2è, 10 juin 1986, Consorts Pourcel.

(345) Cf. Prosper Weil, «À propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry», in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisemann*, op. cit., p. 379.

(346) Cf. Marcel Waline, «À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent», *RDP* 1961, p. 8.

(347) Telle s'avérait déjà la position de Locré en 1809.

l'instar du droit constitutionnel moderne, est amené à régir des rapports tout en constituant et régulant des structures, et l'analyse qui cherche à contester une telle réalité en comparant par exemple droit administratif et droit du travail ou droit commercial méconnaît la nature profondément différente de l'un et des autres, ces derniers demeurant des droits dérivés, cependant qu'elle se méprend quelque peu sur leur domaine véritable (348). On comprend ainsi mieux le sens de l'expression "vice propre" qu'emploie la jurisprudence étudiée en première partie, tant l'acte administratif apparaît irréductiblement original (349). Une dernière conséquence consiste en ce que, hors le cas de compétence tirée de dispositions législatives, aucune clause de compétence judiciaire autre que visant à garantir la protection des droits de la personne ne devrait pouvoir être valablement opposée à la compétence administrative en cas de mesure prise par une autorité administrative dans l'exercice de ses prérogatives ou dans un intérêt général évident. Ainsi devrait-on, du moins, interpréter certaines situations : par exemple, on pourrait considérer que ce n'est pas tellement parce que, comme le posait la jurisprudence traditionnelle, le préfet agit en tuteur qu'au nom de la protection du pupille que la compétence en cette matière revient au juge judiciaire. La jurisprudence constitutionnelle depuis 1987 a refusé cependant de pousser aussi loin. Reste alors le cas à part des états exécutoires et actes assimilés (il existe un texte pour ce qui concerne la prescription quadriennale).

Quant à l'existence de règles spéciales de droit privé, elle ne fait somme toute que confirmer le particularisme entourant l'acte administratif et les autorités administratives. En allant plus loin, il semblerait possible d'esquisser une distinction entre d'une part, les prérogatives de l'administration et, d'autre part, ses privilèges. Ceux-ci s'attachent à la nature ou au statut du titulaire, et ne sont d'ailleurs pas propres à la puissance publique : on pourrait en dénombrer de multiples dans les relations entre particuliers; ils se caractérisent, en droit public, par leur permanence et leur caractère indépendant de la fonction exercée. On pourrait y ranger, contrairement à la doctrine, le privilège du préalable, qui tient à l'essence de l'administration en tant que détentrice d'une partie du pouvoir (il semble qu'il faille considérer, à l'instar de Carré de Malberg, que le pouvoir est un et que c'est son exercice en fonctions qui est divisé), ou encore l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, déjà évoquée. Les prérogatives, quant à elles, recouvrent les moyens d'action exorbitants offerts à l'administration dans l'accomplissement de ses missions de puissance publique, et qui traduisent une forme de préséance exprimée par l'étymologie du terme même, par rapport à celle de "privilège" ; elles ne se retrouvent et n'entraînent de conséquences, pour ce qui concerne la qualification et la compétence, que dans le cadre de ces missions. Une telle distinction, susceptible d'expliquer certaines particularités, n'apparaît pas toutefois absolument opératoire : où classer la faculté de liquider et mettre en recouvrement par soi-même ses propres créances, par exemple ? Il faut également prendre en compte deux éléments généraux : le caractère fonctionnel de nombre de concepts du droit public, d'une part, et l'unité organique de l'administration, d'autre part.

Indépendamment de notre raisonnement, on doit noter que le Conseil constitutionnel a développé toute une jurisprudence en matière administrative, enracinant plus encore le droit administratif (350).

Si la question du caractère décisoire apparaissait réglée, celle du caractère administratif semblait plus incertaine. Au vu des éléments qui viennent d'être

(348) Cf. Paul Amselek, «Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente», *AJDA* 1968, p. 492 (493 et 494).
(349) Cf. J. Boulouis, «Supprimer le droit administratif ?», *Pouvoirs*, n° 46 (1988), p. 5 (9 et 10).
(350) Cf. Ahmed Salem Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, Paris, 1987, p. 446 ss (thèse préfacée par le doyen Vedel...).

étudiés, il semble possible de se prononcer plus clairement sur certains points. De fait, il ressort que les cas où une autorité administrative se trouverait (y compris en matière contractuelle) dans une situation étrangère à son "statut intégré et finalisé" au point que, hors hypothèse d'une illégalité grave, elle n'agirait pas en tant que telle sont rares. On a pu mentionner, à titre d'exemple, l'attitude de l'administration se comportant, vis-à-vis du domaine privé, comme un propriétaire ordinaire, mais une telle assimilation peut se discuter : de même qu'il a fallu un long temps de discussion doctrinale pour admettre que le droit qu'exerçaient les personnes publiques sur leur domaine public constituait bien un droit de propriété, sans que soit, d'ailleurs, exclu tout élément de police et de "droit de garde", de même, malgré l'intérêt public et général et le caractère exorbitant du régime juridique qui s'y révèlent beaucoup moins apparents, on ne saurait admettre sans aucune réticence que l'administration dispose d'un droit de propriété à part entière sur son domaine privé. Même si l'absence d'affectation à l'usage du public ou à un service public (et il ne faut pas oublier que le domaine privé constitue la catégorie résiduelle) et la possibilité de gestion patrimoniale pouvaient en donner l'illusion, un fait au moins demeure : l'administration n'est aucunement assimilable à un propriétaire qui, lui, se trouve titulaire d'un droit fondamental (nonobstant la possibilité parfois ouverte aux personnes morales, y compris publiques, d'être titulaires ou bénéficiaires de tels droits (351) ; une telle situation semble pour l'instant peu admise en droit français). En revanche, il convient sans doute d'admettre plus fréquemment l'éventualité que certains des actes que nous avons rencontrés ne constituent pas des actes administratifs : en effet, on doit maintenant relativiser le caractère assez obsolète de l'analyse entreprise supra, et notamment n'admettre la présence et l'effet de l'intérêt général que lorsque celui-ci passe de la simple présomption à la réalité perceptible. En outre, le rôle de l'objet, dont on a vu qu'il visait surtout à protéger et étendre la compétence judiciaire, doit être pris en compte. Enfin, c'est ici le lieu de rappeler la place non négligeable des considérations de politique jurisprudentielle dans la détermination des solutions concrètes. En définitive, l'on est en droit de se demander si les «décisions administratives de droit privé» peuvent exister en tant que telles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cet examen, le bilan apparaît somme toute peu prometteur pour les «décisions administratives de droit privé» : contestables en tant que catégorie, elles se révèlent frappées de vices profonds et de contradictions inhérentes en tant que concept. Si la valeur opératoire et juridique de la notion peut sembler douteuse, l'intérêt intellectuel qu'elle présente s'avère très grand : en effet, à partir d'une tentative doctrinale de synthèse, de laquelle il ne fallait, d'ailleurs, peut-être pas exiger plus qu'un essai de présentation ordonnée de situations assez disparates, l'occasion nous a été donnée de réfléchir sur des aspects fondamentaux de la théorie générale de l'acte administratif et du droit administratif. Une telle étude permet également de percevoir à quel point des notions et éléments de base qui paraissent clairs peuvent se révéler difficiles à cerner. Mais surtout, on peut alors se demander si, en toute hypothèse, la recherche du fameux critère synthétique de compétence ne tend pas à relever du mythe. Une des dernières tentatives à ce jour, celle de M. Chapus, n'arrive pas à rendre exactement compte du droit positif et tend à accroître exagérément la compétence du juge administratif. Enfin, la phase contentieuse a joué

(351) Nonobstant également l'inattendue jurisprudence constitutionnelle française sur les privatisations de 1986, appliquant aux personnes publiques l'article 17 de la Déclaration de 1789 (tout au moins sa substance).

parfois le rôle de prisme déformant, et la distorsion entre qualification et compétence qui surgit éventuellement ne manque pas de provoquer un certain malaise, dans la mesure où le droit demeure tout de même "fait" pour être appliqué. Ces difficultés diverses, signe des relations confuses entre système administratif et système social (352), poussent naturellement à utiliser les critères les plus simples d'identification et de compétence, tentant de faire en sorte qu'ils correspondent le plus exactement possible. Mais nos modes de connaissance s'avèrent de véritables lits de Procuste, et l'on se souvient du mot de Bergson : «Nous sentons bien qu'aucune des catégories de notre pensée ne s'applique exactement aux choses de la vie. En vain nous poussons le vivant dans tel ou tel de nos cadres; tous les cadres craquent ; ils sont trop étroits, trop rigides surtout pour ce que nous voudrions y mettre. Notre raisonnement, si sûr de lui quand il circule à travers les choses inertes, se sent mal à l'aise sur ce nouveau terrain». Dès lors, la tentation est grande d'apprécier les éventuelles «décisions administratives de droit privé» acte par acte et cas par cas, tant l'hétérogénéité apparaît marquée.

Si elle se révèle propre à semer la confusion tout en engendrant l'intérêt, la notion présente toutefois une forme d'avantage non négligeable. D'une part, l'existence même de ces hypothèses perturbatrices de la répartition normale des compétences constitue une sorte de garantie contre tout déni de justice, risque réel pour certaines des situations envisagées ; la victoire patiemment acquise de la soumission de la puissance publique au droit ne doit pas être remise en cause par le jeu de la clause de compétence (353). D'autre part, dans un contexte d'unité de l'ensemble juridictionnel déjà prônée par Macarel (354), le contentieux de tels actes pourrait même s'avérer une solution pratique, hormis les divers cas de renvoi selon les moyens invoqués. Et là ne serait pas le moindre des paradoxes, ni le plus mince des changements, que de voir les théoriciens et exégètes du droit administratif perturbés pour rendre la vie contentieuse plus simple au justiciable.

(352) Cf. Ch. Lavialle, op. cit., p. 11 et 12.
(353) Cf. Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1969, p. 15.
(354) Cité par Koechlin, op. cit., p. 281 : «Il n'y a plus de juridiction ordinaire d'un côté, et de juridiction extraordinaire de l'autre (...). L'exercice de l'autorité judiciaire a seulement été divisé».

LA PROTECTION DES BIENS CULTURELS MEUBLES PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE *

Par

Jean-François POLI
Docteur en Droit
Maître de Conférences à l'Université de Corse

Le statut des biens culturels a été modifié en France par l'intégration européenne, une loi du 31 décembre 1992 (1) est venue mettre la législation française en harmonie avec les normes européennes.

Il ne s'agit pas ici d'étudier la législation française sur ces thèmes (2), on dira cependant qu'elle a donné naissance à un texte pris dans la précipitation et qui porte les marques de cet état de fait par la mauvaise rédaction qui le caractérise et les nombreuses lacunes qu'il comporte.

Nous nous attacherons à l'étude du règlement (3), concernant l'exportation extra-communautaire des biens culturels et de la directive (4) relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre.

L'intégration communautaire suppose la suppression des obstacles douaniers et fiscaux à la libre circulation des marchandises. Les biens culturels s'ils sont d'une irréductible spécificité, font également l'objet de transactions commerciales. Leur situation juridique va être modifiée par l'intégration. De quelle façon ? c'est le principal problème.

Le droit communautaire, en ce qui concerne le traité de 1957 modifié, participe d'une approche essentiellement économique, il n'est guère adapté à la prise en compte de réalités culturelles.

(*) Cette étude reprend des développements de la thèse de doctorat soutenue par l'auteur sur «La protection des biens culturels meubles», Aix-en-Provence, octobre 1992.

(1) Loi n° 92 1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulations et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douanes, *JO*, 5 janvier 1193, p 198.

(2) Cf. sur ce point : Frier (P-L), «L'exportation des biens culturels», Chronique de législation, *AJDA*, 1993, p. 264.

(3) Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n L 395/1.

(4) Directive 93/7/CEE du Conseil relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Journal Officiel des Communautés européennes, 27 mars 1993, n° L 74/74.

Les propos tenus par M. J. Lang au Sénat illustrent parfaitement la difficulté de faire entrer dans le champ communautaire une logique culturelle : «[...] je me permets de rappeler le combat très difficile que nous avons mené au sujet du prix du livre : la loi qui avait été adoptée à l'unanimité ici, au Sénat, puis à l'Assemblée Nationale, s'est heurtée à des attaques, venant, en particulier, d'éminents membres de la Commission de Bruxelles. Puis nous avons été traduits devant la Cour européenne de Luxembourg. Que de démarches avons nous dû entreprendre, que de week-ends —je me permets de le dire— ai-je passés dans telle ou telle capitale de l'Europe pour essayer de convaincre les hauts fonctionnaires, les responsables, la presse, l'opinion publique, pays par pays, que notre système de prix du livre [...] n'était pas en infraction avec la législation communautaire ! Nous avons fini par l'emporter mais, voyant à quel point, à Bruxelles, en particulier, la résistance était farouche, aujourd'hui encore, à l'idée même que la culture puisse bénéficier d'une politique particulière, j'ai ralenti le mouvement en faveur de l'établissement éventuel d'une législation communautaire sur le livre. L'idée existait —vous le savez— d'une directive communautaire pour le prix du livre. Mais, lorsque j'ai constaté que, de nouveau, des clivages risquaient de s'instaurer entre les pays et que notre législation courait le risque d'être mise en procès, j'ai préféré que nous en restions là et que chacun des pays se contente de préserver son propre système. D'ailleurs, le prix unique du livre est de ce fait, le système le plus généralement répandu à travers l'Europe. Tout à l'heure, l'un d'entre vous regrettait que les droits d'auteurs ne figurent pas dans ce projet de directive. Permettez-moi de dire que j'en suis très heureux pour les auteurs.» (5).

Cette position peut-elle être tempérée par les énonciations du traité de Maastricht, dans son titre IX intitulé «Culture» ?

Dans ces dispositions —figurant à l'article 128 du traité— on trouve différentes déclarations de principe, indiquant par exemple que la «Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des États membres, dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun.» (6) etc.

Mais il faut retenir surtout que «Pour contribuer à la réalisation des objectifs visés [...], le Conseil adopte [...] des actions d'encouragement, *à l'exclusion de toute harmonisation* des dispositions législatives et réglementaires des États membres.» (7). De plus, le Traité «prévoit un ajout à l'article 92 & 3 relatif aux aides des États membres, avec l'insertion d'un nouveau d) qui dispose que "les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine (sont possibles), quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun."» (8).

Il y aurait ici application du fameux principe de «subsidiarité», que l'on a présenté souvent comme l'élément essentiel de l'économie de ce traité. Les compétence culturelles seraient ainsi réservées aux États, et la Communauté n'aurait pas à intervenir. mais il faut réserver les hypothèses de confrontation entre le culturel et l'économique, et dans ce cadre des problèmes de détermination de frontière, et donc de compétence, peuvent se poser. L'avenir seul nous dira comment ils pourront être résolus et dans quel sens .

Le «Marché unique» a vu le jour en 1993, il entraîne la suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires.

---

(5) Lang (J), *JO*, Débats Sénat, séance du 12 avril 1989, p. 175.
(6) Article 128, point 1 du traité de Maastricht.
(7) Article 128, point 5 du traité de Maastricht.
(8) Riou (A), *Le droit de la culture et le droit à la culture*, ESF éditeur, avril 1993, p. 33.

Cette disposition pose de sérieux problèmes pour le maintien des différents régimes juridiques de protection des États et donc également de la France. Pour tenter de prendre en compte la spécificité des biens culturels la Commission a opéré une réflexion qui a abouti à la mise en place de la directive et du règlement précités. Le Parlement Européen, saisi également du dossier, a mené un travail d'analyse qui a fait évoluer, sur certains points le travail de la Commission.

Le système mis en place est complexe, il se donne pour mission de protéger le patrimoine culturel des États, tout en maintenant les conditions de libre circulation des marchandises et de suppression des barrières douanières.

Mais le domaine d'intervention communautaire trouve sa limite dans les pouvoirs accordés aux États pour la détermination de leurs trésors nationaux en vertu de l'article 36 du traité.

SECTION 1 - L'ARSENAL NORMATIF ISSU DES INSTANCES EUROPÉENNES

La libre circulation des marchandises «constitue l'un des éléments essentiels de la réalisation du marché intérieur unifié sur lequel repose la Communauté économique européenne. Elle est une des quatre "libertés" mentionnées par le traité de Rome instituant le marché commun» (9).

Pour atteindre ce but l'article 3 du traité précise : «[...] l'action de la communauté comporte dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : a) l'élimination entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent».

Depuis le 1er janvier 1993, les obstacles aux frontières doivent avoir disparu, ainsi les États ne peuvent plus exercer de contrôles douaniers et fiscaux. Si cette mesure va faciliter le déroulement des échanges entre les États membres, elle va également permettre le développement des exportations frauduleuses et les divers trafics.

Cependant, le traité CEE prévoit une de clause de sauvegarde, qui permet de faire échapper certaines opérations à la règle de la libre circulation. Elle se trouve dans l'article 36 : «Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, *d'exportation* ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* ou de la protection de la propriété littéraire ou commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres».

Ainsi il est admis que pour des motifs extra économiques, il soit fait exception à la règle de libre circulation. Cependant, comme on le verra, cette exception est de droit strict, car portant atteinte à une règle fondamentale du traité.

En premier lieu le traité ne fait pas référence à la notion de biens culturels, mais à celle de trésors nationaux. Cette dernière notion est plus restrictive que la première. Mais à l'heure actuelle on dispose de peu d'éléments permettant d'en préciser le contenu. La commission, ainsi que la Cour de justice des communautés européennes, ont néanmoins élaboré une doctrine pour d'autres dispositions de l'article 36, permettant de disposer de méthodes d'interprétation.

(9) Masclet (J-C), «La libre circulation des marchandises», *J.-Cl. Europe*, fascicule 520, p. 3.

En matière de biens culturels, la commission part de la constatation selon laquelle après 1992 les États garderont «en vertu et dans les limites de l'article 36 du Traité, le droit de définir leurs trésors nationaux et la possibilité de prendre les dispositions nécessaires pour [en] assurer la protection [...]» (10) mais «les États membres ne pourront plus recourir à des contrôles aux frontières intérieures pour assurer l'efficacité des dispositions qu'ils auront prises dans le cadre de l'article 36 [...]» (11).

Du point de vue de la méthode une première critique peut être formulée : il est surprenant d'affirmer qu'un État peut mettre en place des mesures éventuellement coercitives, sans pouvoir s'assurer de leur application effective. Une telle situation conduit à priver la norme de toute applicabilité, et revient à se fier à la bonne volonté des individus ou des groupes qui doivent en principe y être soumis. Une norme sans caractère réellement coercitif reste-t-elle encore une norme de droit ou ne se transforme-t-elle pas en une simple déclaration d'intention sans aucun caractère juridique ? Il y a là un vice qui peut s'avérer rédhibitoire.

Le système mis en place par la commission consiste à prévoir des contrôles aux frontières extérieures pour pallier la disparition des contrôles aux frontières intra communautaires et, ainsi, éviter que le patrimoine de chaque État s'appauvrisse sans son consentement. En outre, pour pallier les mêmes dangers, il est prévu la mise en place d'une procédure de restitution des biens culturels ayant illicitement quitté le territoire de leur État d'origine.

§ 1) LE RÈGLEMENT RELATIF À L'EXPORTATION DES BIENS CULTURELS

Le texte vise la sortie des biens vers des pays hors communauté, il s'agit du régime des exportations extra communautaires. Il s'appliquera aux frontières extérieures.

Lorsque le possesseur d'un bien projette de lui faire quitter le territoire de la communauté européenne, il devra effectuer des formalités d'exportation. En effet, si à l'intérieur de l'espace constitué par la juxtaposition des États membres de la CEE, les mouvements de biens ne peuvent être à des contrôles aux frontières, les exportations extra-communautaires peuvent être soumises à des régimes restrictifs.

Toute exportation extra-communautaire de *biens culturels* est soumise à la procédure prévue par le règlement.

La notion de biens culturels est l'élément d'*harmonisation* des différentes législations nationales.

Le règlement renvoi —dans son article 1er— à une annexe qui va préciser le sens qu'il faut donner à la notion de bien culturel, en fournissant une liste d'objets —complétée par des seuils de valeur en écus— qui va constituer un ensemble qualifié de *catégories communes de biens culturels*.

Cependant, le règlement laisse les États libres de définir comme ils l'entendent les trésors nationaux, auxquels fait référence l'article 36 du traité CEE (12) (13).

L'économie du système mis en place est la suivante : les États membres de la communauté doivent exiger la fourniture d'une licence d'exportation pour les

(10) Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-SYN 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1992, p. 2.
(11) Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-SYN 382, *ibid.*
(12) Article 1er du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n L 395/1.
(13) Nous reviendront sur ce problème de délimitation du contenu de la notion de trésor national dans la suite de nos développements.

biens culturels présentés à l'exportation extra-communautaire, à condition qu'ils figurent sur la liste des catégories communes.

Dans le cadre du fonctionnement de ce système, on distinguera les obligations de l'exportateur de celle des États.

A) Les obligations de l'exportateur

Lorsque un requérant se présentera à une frontière extérieure de la communauté dans le but d'exporter un bien culturel, il devra être muni d'une autorisation d'exportation qu'il devra fournir à l'appui de sa déclaration d'exportation, lors de l'accomplissement des formalités douanières (14).

Cette autorisation d'exportation prend la forme d'une licence d'exportation (15), elle sera «valable dans toute la communauté» (16), et permet aussi à l'exportateur d'opérer les formalités de sortie dans l'État de son choix.

Le règlement prévoit que les «États membres communiquent à la Commission la liste des autorités compétentes pour la délivrances des autorisations d'exportation de biens culturels» (17). Cette liste est publiée au Journal Officiel des Communautés européennes, série C. (18).

Il appartient aux États d'organiser les modalités pratiques de la délivrance de l'autorisation, aussi ils peuvent «limiter le nombre des bureaux de douane compétents dans l'accomplissement des formalités d'exportation des biens culturels» (19), cependant ils doivent en informer la Commission qui publiera la liste de ces bureaux au Journal Officiel des Communautés (20).

La licence d'exportation doit être produite par le demandeur après avoir été sollicité auprès soit d'une «autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel le bien culturel en question se trouvait, légalement et à titre définitif, au 1er janvier 1993» (21) ; soit, après «cette date, par une autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel il se trouve après l'envoi légal et définitif d'un autre État membre, ou importation d'un pays tiers, ou réimportation d'un pays tiers après envoi légal d'un État membre audit pays tiers» (22).

Ces hypothèses couvrent des situations dans lesquelles : soit l'État d'origine et l'État d'exportation sont identiques, et ainsi l'exportateur n'aura eu qu'à s'adresser au préalable aux autorités de son État, soit l'État d'exportation n'est pas l'État d'origine. Dans ce dernier cas, l'exportateur devra avoir obtenu de l'État d'origine la licence d'exportation, ou se charger de l'obtenir.

Il faut distinguer également le cas du bien qui se trouvait légalement et à titre définitif sur le territoire d'un État membre au premier janvier 1993, du bien qui a subi un mouvement après cette date.

Les situations juridiques des biens se sont en quelque sorte cristallisées à compter du 1er janvier 1993. La mise en place du marché unique, avec la suppression des contrôles aux frontières, ayant effet au 1er janvier 1993, l'État considéré comme État d'origine est celui sur le territoire duquel se trouvait le bien culturel,

(14) Articles 2 alinéa 1 et 4 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n° L 395/1.
(15) Article 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n ° L 395/1.
(16) Article 2, point 4 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(17) Article 3, point 1 du Règlement (CEE) n° 3911/92 , *ibid.*
(18) Article 3, point 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(19) Article 5, point 1 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(20) Article 5, point 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(21) Article 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(22) Article 2, 2ème tiret du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*

légalement et à titre définitif, à cette date. Tous les mouvements postérieurs à cette date, qui peuvent affecter la situation juridique du bien, ainsi que sa position géographique, et qui ont été opérés en méconnaissance des législations nationales régissant la sortie du bien sont sans effet sur la détermination de l'État compétent pour donner l'autorisation d'exportation extra-communautaire.

Cependant, si ont été respectées les conditions nationales de sortie du bien de son territoire d'origine, ce sont alors les dispositions du point 2 de l'article 2, deuxième tiret qui s'appliquent (23).

B) Les obligations des États

Face à un requérant qui souhaite exporter du territoire communautaire un bien qualifiée par l'annexe de ce règlement de bien culturel, l'État d'exportation devra se référer à la liste que constitue cette annexe pour s'assurer que la licence d'exportation est bien nécessaire. Si le bien ne figure pas sur la liste des *catégories communes* de biens culturels, c'est la législation nationale de l'État membre d'exportation qui va s'appliquer (24), et cela même si le bien culturel est considéré comme trésor national par un autre État membre (25).

Il s'agit ici d'une disposition très critiquable, car tout en affirmant que chaque État garde toute liberté quant à la détermination de ses trésors nationaux, on l'oblige *de facto* à aligner sa qualification sur celles du règlement. Il ne reste rien de la liberté que les instances communautaires entendaient donner aux États. De telles méthodes sont totalement surprenantes et peuvent être qualifiées, en reprenant une terminologie de droit privé, de dolosives. On est en droit d'attendre tout autre chose des institutions communautaires.

L'État d'origine du bien culturel que l'on projette d'exporter peut refuser l'autorisation d'exportation, lorsque «les biens culturels en question sont couverts par une législation protégeant des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans l'État membre concerné.» (26).

Il ne faut pas comprendre cette disposition comme laissant la possibilité aux États de refuser l'autorisation d'exportation pour les biens qu'ils auraient qualifiés de trésors nationaux, mais seulement comme leur permettant d'interdire l'exportation d'un bien figurant sur la liste des *catégories communes* de biens culturels, telle qu'elle est précisée dans l'annexe du règlement.

Pour faire l'objet d'un contrôle à l'exportation, un bien doit figurer sur la liste des catégories communes de biens culturels annexée au règlement, le fait qu'il soit ou non qualifié par un État membre de trésor national est indifférent.

On pourra constater une nouvelle fois que la liberté que l'on veut laisser aux États dans la détermination des trésors nationaux n'a aucun *effet utile*, et cela est très regrettable.

En outre, les dispositions mises en place supposent que l'on détermine le caractère licite ou illicite de la présence du bien sur le territoire de l'État qui va délivrer l'autorisation, puisque ce sera ce caractère licite qui déterminera sa *compétence*.

---

(23) «L'autorisation d'exportation est délivrée sur demande de l'intéressé : [...] — [...] après cette date, par une autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel il se trouve après envoi légal et définitif d'un autre État membre, ou importation d'un pays tiers, ou réimportation d'un pays tiers après envoi légal d'un État membre audit pays tiers».

(24) Article 2, point 4 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n° L 395/1.

(25) *Ibid.*

(26) Article 2, point 2, 5 ème alinéa du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n° L 395/1.

En cas de contestation de la validité du mouvement intra-communautaire d'un bien, il faudra au préalable déterminer le caractère licite de ce mouvement, afin d'identifier l'État auprès duquel l'autorisation d'exportation devra être sollicitée. Il appartiendra à l'État auquel la demande est faite de s'assurer que le bien est légalement présent sur son territoire. Dans cette hypothèse, l'État sur le territoire duquel se trouve le bien culturel peut s'assurer, en utilisant les procédures prévues par la directive restitution (27), de la sortie licite du bien et du caractère licite corrélatif de sa présence sur son territoire (28).

Le respect de ces principes suppose une étroite collaboration entre les différents États de la Communauté, et une préparation des différentes administrations à la mise en œuvre de ce type de procédures.

Au cas où la vigilance ne serait pas extrême, on risquerait de voir les autorisations de sortie accordées sans grandes vérifications, et les biens culturels quitter le territoire de la Communauté avec une fausse apparence de légalité.

Aussi, diverses mesures de coopérations entre les États membres pour l'application du présent règlement sont prévues. Il est ainsi fait référence au règlement (CEE) n° 1468/81 et, notamment, aux «dispositions relatives à la confidentialité des informations» (29).

Le règlement précité indique que les administrations en charge de l'application des réglementations fiscales et douanières se «prêtent assistance mutuelle et collaborent entre elles et avec la Commission, soit spontanément, soit sur demande. L'action peut revêtir plusieurs formes, couvertes par la confidentialité : la fourniture de renseignements ou de documents, l'exercice d'une surveillance spéciale, ou des enquêtes, etc... En outre, la Commission assure, en particulier via un système informatique, la transmission d'information aux États membres.» (30).

Il est prévu, en outre, que toutes les mesures nécessaires doivent être mises en œuvre pour établir une coopération «entre les administrations douanières et les autorités compétentes visées à l'article 4 de la directive 93/7/CEE (31)» (32).

Cette disposition résulte d'une proposition de modification du texte initial faite par le Parlement européen (33).

Il est capital que cette coopération existe et qu'elle se déroule avec la plus grande efficacité, le «talon d'Achille» de ce système de contrôle des exportations réside essentiellement en cela.

En outre, les États qui vont effectuer le contrôle de la sortie d'un bien qui a pour origine un État communautaire tiers devront être très attentifs à vérifier si ce bien figure ou non sur la liste des catégories communes. Cette activité doit être effectuée avec le plus grand sérieux. En effet si un objet est considéré, après un examen superficiel ou léger, comme ne figurant pas sur la liste, et autorisé à quitter

(27) Que nous examinerons dans la suite de nos développements.
(28) Article 2, alinéa 5 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n °L 395/1.
(29) Article 6, alinéa 1 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n L 395/1.
(30) *In* commentaire des articles du projet règlement, Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-SYN 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1992, p. 17.
(31) Il s'agit de la directive concernant la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre. Elle sera étudiée dans la suite des développements. Son article 4 prévoit notamment les mesures de coopération entre les États afin de rechercher les biens culturels illicitement soustraits à la juridiction de leur État d'origine, et d'assurer leur protection jusqu'à leur restitution.
(32) Article 6, alinéa 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n L 395/1.
(33) Cf. sur ce point Galle (M), Rapport de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la proposition de la Commission au Conseil concernant un règlement relatif à l'exportation de biens culturels, Parlement Européen, Documents de séance, 26 mai 1992, p. 6.

le territoire de la Communauté, son État d'origine n'aura que très peu de chance de pouvoir un jour le récupérer.

Aussi, on peut s'interroger sur la compétence et le zèle des douaniers d'un État amenés à contrôler la sortie d'un bien provenant d'un État communautaire tiers, alors même que ce bien ne concerne nullement leur propre patrimoine national.

L'exportateur ne respectant pas les procédures prévues s'expose à des sanctions dont la détermination appartient à chaque État. L'article 9 du règlement prévoit que «chaque État membre établit les sanctions à appliquer en cas d'infractions aux dispositions du présent règlement.» (34). Cette rédaction n'est pas du tout satisfaisante, en effet, tout individu qui tente d'exporter un bien culturel en fraude peut se voir soumis à un régime de sanctions potentiellement différent, en fonction du lieu de commission de l'infraction. La seule obligation imposée par le texte communautaire est que les sanctions soient «suffisantes pour inciter au respect de ces dispositions.» (35). La rédaction de cette disposition telle qu'elle résultait de la proposition de règlement était meilleure, bien que toujours insuffisante, elle prévoyait : «ces sanctions doivent avoir un caractère effectif, proportionné et dissuasif.» (36). Cette «liberté» laissée aux États nous apparaît comme préjudiciable à la défense des biens culturels comme éléments du patrimoine national des États membres. Elle peut conduire en effet à la mise en place de régimes plus au moins répressifs. Ainsi les délinquants peuvent avoir intérêt à exercer leurs talents dans tel État plutôt que dans tel autre, car le risque encouru y est beaucoup plus faible. La marge de manœuvre laissée aux États conduit à la mise en place d'un droit à géométrie variable qui s'applique à des comportements semblables, ce qui est un non sens.

On assiste ainsi à un paradoxe, la Commission développe des efforts considérables pour uniformiser dans des domaines où une telle attitude est très discutable, par contre, elle laisse aux États une grande latitude dans les cas où cela est le plus critiquable. Le parlement européen avait perçu le danger, puisqu'il avait proposé un amendement, au texte de la Commission, prévoyant que les sanctions devaient «[...] être harmonisées en sorte d'éviter toute différence entre les États membres.» (37).

La liberté des États, comme on le verra ensuite, doit être la règle quant à la détermination des Trésors Nationaux. Mais elle ne peut être admise en matière de répression des trafics illicites si elle nuit à son efficacité et menace la sécurité des biens culturels.

Pour le reste il apparaît qu'un contrôle sur des biens qui composent le patrimoine national d'un État ne sera jamais aussi efficace que s'il était effectué par ses fonctionnaires. Ces mesures ne constituent qu'un pis-aller, dans la pratique il semble douteux que les douaniers des États tiers mettent un zèle immodéré à la protection du patrimoine culturel d'un autre État.

Alors même que le flux des trafics se dirige vers les pays extra-communautaires, la faiblesse de cet instrument peut avoir des conséquences considérables et entraîner une fuite importante de biens culturels vers les États Unis et le Japon notamment. À cet égard, il faut souligner que les institutions muséographiques de ces pays ne sont souvent pas très exigeantes quant à l'origine des biens

(34) Article 9 du Règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, Journal Officiel des Communautés européennes, 31 décembre 1992, n L 395/1.
(35) Article 9, alinéa 2 du Règlement (CEE) n° 3911/92, *ibid.*
(36) Projet règlement, Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-SYN 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1992, p. 40.
(37) Amendement n° 11 à l'article 8, *in* Galle (M),Rapport de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la proposition de la Commission au Conseil concernant un règlement relatif à l'exportation de biens culturels, *op. cit.*, p. 7.

qu'elles acquièrent, et qu'elle peuvent souvent laisser s'écouler le temps nécessaire aux prescriptions pour «ressortir» l'objet de leurs réserves (38).

Si les dispositions de ce règlement sont peu satisfaisantes sur de nombreux aspects, tout espoir d'amélioration n'est pas pour autant exclu. En effet, les auteurs de ce texte n'ont pas entendu instaurer un cadre figé et non évolutif, ils ont prévu la mise en place d'un comité consultatif des biens culturels, composé de représentants des États membres et présidé par le représentant de la commission (39). Ce comité est chargé d'examiner «toute question relative à l'application du présent règlement que son président peut soulever, soit de sa propre initiative, soit à la demande du représentant d'un État membre» (40). Le règlement prévoit en outre les modalités de fonctionnement de ce comité (41).

L'article 10 du règlement prévoit un certain nombre de mesures afin d'opérer un suivi du dispositif mis en place.

«Chaque État membre informe la Commission des mesures qu'il prend en application du présent règlement» (42) et ces informations sont communiquées aux autres États membres (43).

Un rapport sur l'application du règlement est adressé tous les trois ans, par la Commission, au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social (44). En outre, le Conseil examine l'efficacité du règlement, après une période d'application de trois ans (45) et «sur proposition de la Commission, il procède aux adaptations nécessaires.» (46).

Le dispositif mis en place par le règlement est complété au niveau communautaire «interne» par une directive qui prévoit la restitution des biens culturels qui auraient quitté illicitement le territoire d'un État membre. Un départ illicite est une sortie du bien du territoire de cet État membre en méconnaissance de la législation de cet État sur ce point.

La directive sur la restitution des biens culturels met en place un régime juridique beaucoup plus complexe que celui concernant l'exportation

§ 2) LA DIRECTIVE RELATIVE À LA RESTITUTION DES BIENS CULTURELS

Les rédacteurs de la directive constatent, dans les considérants explicatifs de la démarche qu'ils entendent poursuivre, qu'au plus tard à la date du 1er janvier 1993, l'article 8A du traité de Rome prévoit l'établissement du «marché intérieur comportant un espace sans frontières dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée conformément aux dispositions du traité.» (47).

Il est également réaffirmé que les États garderont «en vertu et dans les limites de l'article 36 du traité, [...], le droit de définir leurs trésors nationaux et la possibi-

(38) D'après les informations que nous avons pu recueillir auprès de sources parlementaires françaises.
(39) Article 8, point 1 du règlement, *op. cit.*.
(40) Article 8 point 1, alinéa 2 du règlement, *ibid.*
(41) Article 8, point 2 du règlement, *ibid.*
(42) Article 10, alinéa 1 du règlement, *ibid.*
(43) Article 10, alinéa 2, du règlement, *ibid.*
(44) Article 10, alinéa 3 du règlement, *ibid.*
(45) Article 10, alinéa 4 du règlement, *ibid.*
(46) Article 10, alinéa 4 du règlement, *ibid.*
(47) Directive 93/7/CEE du Conseil relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Journal Officiel des Communautés européennes, 27 mars 1993, n° L 74/74.

lité de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de ces trésors nationaux dans cet espace sans frontières.» (48).

Aussi «il convient [...] de mettre en place un système permettant aux États membres d'obtenir la restitution, sur leur territoire, des biens culturels classés " trésors nationaux " au sens dudit article 36 et qui ont quitté leur territoire en violation des mesures nationales susmentionnées ou du règlement (CEE) n° 3911/92 du Conseil (49) [...].» (50).

Pour ce faire, il est «nécessaire, afin de faciliter la coopération en matière de restitution, de limiter le champ d'application du présent système à des objets appartenant à des catégories communes de biens culturels» (51) qui seront déterminés par l'annexe de la présente directive, mais sans que cette dernière ait «pour objet de définir les biens ayant rang de "trésors nationaux" au sens dudit article 36, mais uniquement des catégories de biens susceptibles d'être classés comme tels et pouvant, à ce titre, faire l'objet d'une procédure de restitution au sens de la présente directive» (52).

L'objectif final des institutions communautaires restant d'aboutir à une «reconnaissance mutuelle des législations nationales en la matière» (53).

Ainsi, *a priori*, les États ont toute latitude, en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures nationales de protection, pour agir. On verra par la suite que la liberté accordée est en réalité bien moindre.

Avant de poursuivre l'étude du contenu de ce texte, il faut préciser qu'il n'est applicable «qu'aux biens culturels qui ont quitté illicitement le territoire d'un État membre à partir du 1er janvier 1993 » (54). En effet, la directive n'a pour fonction que de pallier la suppression des contrôles aux frontières après le 31 décembre 1992.

Toutefois, «chaque État membre peut appliquer le système prévu par la présente directive aux demandes de restitution de biens culturels qui ont quitté illicitement le territoire d'autres États membres avant le premier janvier 1993.» (55).

Il est peu probable qu'une telle hypothèse se réalise, car le commentaire de la directive précise : «un État membre qui, en faisant usage de l'article [...14...] a étendu son obligation de restitution n'a aucun droit d'en demander la réciprocité aux autres États membres.» (56). On doute fort, dans ces conditions, que les États soient tentés d'agir en ce sens.

La restitution n'est possible que pour les *biens culturels* , qui devront, en outre, avoir quitté le territoire national dans certaines conditions. Elle ne pourra être réalisée qu'en respectant certaines procédures.

A) Un champ d'application d'harmonisation

L'article 1er de la directive définit le bien culturel comme :

«— un bien classé, avant ou après avoir quitté illicitement le territoire d'une État membre, comme " trésor national de valeur artistique, historique ou archéolo-

(48) Directive 93/7/CEE du Conseil , *ibid.*
(49) Il s'agit du règlement commenté supra.
(50) Directive 93/7/CEE du Conseil , *ibid.*
(51) Directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(52) Directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(53) L'instrument communautaire commence par définir son champ d'application, en précisant notamment la notion de biens culturels relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Journal Officiel des Communautés européennes, 27 mars 1993, n° L 74/74.
(54) Article 13 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(55) Article 14, point 2 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(56) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 31.

gique ", conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales au sens de l'article 36 du traité

ET

— appartenant à l'une des catégories visées à l'annexe (57) *ou* n'appartenant pas à l'une de ces catégories, mais faisant partie intégrante :

- des collections publiques figurant sur les inventaires des musées, des archives et des fonds de conservation des bibliothèques.

Aux fins de la présente directive, on entend par "collections publiques" les collections qui sont la propriété d'un État membre, d'une autorité locale ou régionale dans un État membre, ou d'une institution située sur le territoire d'un État membre et classées publiques conformément à la législation de cet État membre, à condition qu'une telle institution soit la propriété de cet État membre ou d'une autorité locale ou régionale, ou qu'elle soit financée de façon significative par celui-ci ou l'une ou l'autre autorité,

— des inventaires des institutions ecclésiastiques [...].» (58).

Les conditions de reconnaissance de la qualification de bien culturel sont cumulatives. C'est à l'État qu'il appartient de donner la qualification de «trésor national», sous réserve du respect des dispositions de l'article 36 du traité. Mais pour entrer dans le champ d'application des dispositions de la directive, le bien ainsi qualifié de «trésor national» doit en plus figurer sur la liste donnée en annexe par la commission ou faire partie des collections publiques ou des inventaires des institutions ecclésiastiques.

Dans sa première version la proposition de directive ne considérait comme biens culturels que ceux qui faisaient partie des «trésors nationaux» et qui appartenaient à une des catégories de l'annexe de la directive. L'annexe ne réservait aucun traitement particulier aux objets des collections publiques ainsi qu'aux biens des institutions ecclésiastiques. Ces biens pouvaient certes être compris dans les différentes catégories proposées, mais ils n'étaient pas placés dans la situation éminente qui doit être la leur en raison du rôle spécifique qu'ils jouent. Cette nouvelle rédaction constitue une avancée dans le sens d'une meilleure protection des biens culturels.

Cependant au lieu de faire figurer les collections publiques et les biens ecclésiastiques à ce point du projet de directive, il eut été souhaitable d'indiquer purement et simplement que ces biens devaient faire l'objet d'une restitution, sans avoir à justifier de leur appartenance aux trésors nationaux de l'État.

Certes, on peut cependant admettre que tous les biens des institutions ecclésiales ne sont pas d'un intérêt culturel certain, mais ceux appartenant aux collections publiques auraient du bénéficier d'une présomption d'appartenance aux trésors nationaux.

Une telle rédaction est dangereuse car elle peut contraindre, dans certains cas, les États à avoir à justifier de la qualification d'un bien comme trésor national. D'autant plus, comme on le verra ultérieurement, que les pouvoirs donnés aux États dans le cadre de l'article 36 sont très strictement encadrés.

On peut également émettre quelques réserves quant à la pertinence de la définition des collections publiques faite par la directive.

Il eut été souhaitable d'estimer que pouvaient également être considérée comme collections publiques, le biens d'une institution contrôlée par l'État ou une collectivité locale, peu important le mode de financement. Le fait que la directive utilise comme seul critère de qualification d'une collection comme publique, son

(57) Toutefois, d'après l'article 14, point 1 de la directive «chaque État membre peut étendre son obligation de restitution à d'autres catégories de biens culturels que ceux visés à l'annexe».
(58) Article 1er, point 1 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

mode de financement, nous apparaît par trop restrictif. En effet, cela permet d'exclure certaines institutions privées, qui sont contrôlées étroitement par la puissance publique, tout en gardant un financement essentiellement privé, même si par ailleurs elles peuvent bénéficier de régimes fiscaux particuliers.

Le système mis en place par la directive s'applique aux biens ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, c'est-à-dire à :

«— toute sortie du territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État membre en matière de protection des trésors nationaux ou en violation du règlement (CEE) n° 3911/92 [il s'agit du règlement dont on a présenté l'économie supra]

OU

— tout non-retour à la fin du délai d'une expédition temporaire légale ou toute violation de l'une des autres conditions de cette expédition temporaire [...].» (59).

Le deuxième point vise les situations où le bien est amené à être exporté pour les besoins d'une présentation à l'étranger dans le cadre d'une exposition, rétrospective, etc.

B) Le fonctionnement du système de restitution

Le système de restitution mis en place suppose en premier lieu une large coopération entre les États membres, en vue d'informer les autres États, en cas de présence sur leur sol d'un bien soupçonné d'une sortie illicite de son territoire d'origine.

En second lieu, une fois cette information réalisée, l'État d'origine (60) pourra intervenir pour demander la restitution, selon des modalités et une procédure qui sont précisées.

1) Les larges devoirs de coopération des États

Une fois que le bien culturel a quitté le territoire national d'un État en méconnaissance du dispositions applicables en cette hypothèse, facilité en cela par la disparition des contrôles aux frontières, il ne reste plus à l'État dépossédé qu'à espérer que les mécanismes de restitution fonctionnent parfaitement.

Le système mis en place par la directive met l'accent sur la coopération nécessaire entre les États membre.

Aussi, «les autorités centrales des États membres coopèrent et favorisent la consultation entre les autorités compétentes des États membres.» (61).

Elles sont tenues d'assurer les tâches suivantes :

«1) rechercher, à la demande de l'État membre requérant, un bien culturel déterminé ayant quitté illicitement le territoire et l'identité du possesseur et/ou détenteur.

Cette demande doit comprendre toutes les informations nécessaires pour faciliter cette recherche, notamment sur la localisation effective ou présumée du bien ;

2) notifier aux États membres concernés, la découverte de biens culturels sur leur territoire et s'il y a des motifs raisonnables de présumer que lesdits biens ont quitté illicitement le territoire d'un autre État membre ;

3) permettre aux autorités compétentes de l'État membre requérant de vérifier si le bien en question constitue un bien culturel, à condition que la vérification soit

(59) Article 1er, point 2 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(60) On entend par État d'origine, l'État sur le territoire duquel se trouvait, légalement, le bien culturel
(61) Article 4, alinéa 1er de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

effectuée au cours des deux mois suivant la notification prévue au point 2. Si cette vérification n'est pas effectuée dans le délai prévu, les points 4 et 5 ne s'appliquent plus ;

4) prendre en coopération avec l'État membre concerné, toutes les mesures nécessaires à la conservation matérielle du bien culturel ;

5) éviter, par des mesures provisoires nécessaires, que le bien culturel soit soustrait à la procédure de restitution ;

6) remplir le rôle d'intermédiaire entre le possesseur et/ou le détenteur et l'État membre requérant en matière de restitution. À cet effet, les autorités compétentes de l'État membre requis peuvent, sans préjudice de l'article 5, faciliter la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage, conformément à la législation nationale de l'État requis et à condition que l'État requérant et le possesseur ou le détenteur leur donnent formellement leur accord.» (62).

Ce point 6, met en place un règlement amiable de la situation, en faisant jouer à l'État sur le territoire duquel le bien illicitement exporté se trouve, un rôle de médiateur. L'État «spolié» peut cependant refuser d'agir à l'amiable, et avoir ainsi recours à la procédure contentieuse de l'article 5, que nous décrivons infra.

S'agissant du point 2 de cet article 4, et suite à un amendement du Parlement européen, par rapport à une proposition initiale de la Commission, la rédaction était la suivante : les États membres doivent assurer «l'information des États membres supposés concernés, en cas de découverte de biens culturels sur le territoire, de leur emplacement et de l'identité du détenteur, s'il existe des indices permettant (63) de présumer que lesdits biens ont quitté illicitement le territoire d'autres États membres.» (64).

Cette rédaction aurait été davantage de nature à permettre un meilleur fonctionnement du système de coopération mis en place, et donc une meilleure protection des patrimoines nationaux. Elle n'a pas été malheureusement retenue par le texte définitif, on ne peut que le regretter. En effet, la rédaction proposée mettait à la charge des États l'obligation de faire connaître à l'État d'origine l'emplacement du bien illicitement sorti ainsi que l'identité de son détenteur, alors que la rédaction retenue n'impose que la seule notification de la découverte d'un bien culturel.

L'économie du système repose sur une étroite coopération des États membres dans l'identification des sorties illicites, l'appréhension et la restitution des biens illicitement sortis. Si les obligations mises à la charge des États sont extrêmement souples et vagues, on peut raisonnablement douter de l'efficacité de cette coopération. La rédaction actuelle de cet article 4 fait courir ce risque.

De toute façon l'ensemble du système mis en place ne pourra fonctionner de façon satisfaisante, en ce qui concerne la protection des patrimoines nationaux contre les sorties illicites de biens culturels, que si chaque État est parfaitement conscient de l'importance et de l'intérêt qu'il y a de protéger le patrimoine *national* des autres États.

Le succès de cet arsenal normatif sera fonction de l'exacte perception par l'*ensemble* des États de la Communauté de l'importance des enjeux qui sous-tendent la mise en place de ces normes.

---

(62) Article 4 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(63) Les membres de phrases soulignés résultent de la modification de la proposition de directive, après un amendement proposés par le Parlement européen in Galle (M), Rapport de la Commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la proposition de la Commission au Conseil concernant une directive relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Parlement Européen , document de séance, 26 mai 1992, p 8.

(64) *In Journal Officiel des Communautés européennes*, 8 juillet 1992, n° C 172/10.

Une fois que l'État d'origine a été informé de la présence sur le sol d'un État tiers d'un bien illicitement exporté, et qu'un règlement amiable de la restitution a échoué, il lui appartient d'utiliser des voies contentieuses.

2) Les voies contentieuses appartenant à l'État dépossédé d'un bien culturel

Pour l'étude de ce contentieux, il faut distinguer les conditions de recevabilité de la requête, des conditions de succès au fond de l'action en restitution.

2-1) Les conditions de recevabilité de la requête

L'article 5 de la directive prévoit que «l'État membre requérant (65) peut introduire, à l'encontre du détenteur, une action en restitution d'un bien culturel ayant quitté illicitement son territoire, auprès du tribunal compétent de l'État membre requis (66).

Pour être recevable auprès de ce tribunal, l'acte introductif de l'action en restitution doit être accompagné :

«— d'un document décrivant le bien faisant l'objet de la demande et attestant que celui-ci est un bien culturel,

— d'une déclaration des autorités compétentes de l'État membre requérant selon laquelle le bien culturel a quitté illicitement son territoire.» (67).

En outre, l'État requérant est tenu d'agir rapidement puisque l'action en restitution est prescriptible : «Les États prévoient dans leur législation que l'action en restitution prévue par la présente directive est prescrite dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle l'État membre requérant a eu connaissance du lieu où se trouvait le bien culturel et de l'identité de son possesseur ou détenteur [...].» (68).

Il faut noter que lors de sa rédaction du 8 juillet 1992, le délai de prescription prévu était de *cinq* ans (69).

La première version était beaucoup plus rigoureuse pour les États, puisqu'elle faisait courir le délai de prescription «à compter de la date à laquelle l'État membre requérant a eu connaissance ou aurait du avoir raisonnablement connaissance du lieu où se trouvait le bien culturel ou de l'identité de son détenteur» (70).

La rédaction actuelle retarde le commencement de l'écoulement du délai de prescription, car la conjonction *ou* est remplacé par la conjonction *et*. Les facteurs déclenchant du délai deviennent ainsi cumulatifs et non pas alternatifs, donc plus difficiles à réunir. Cette modification est un élément qui contribue à augmenter le degré de protection des biens culturels contre les exportations illicites.

Cependant, le délai de prescription de *un* an nous apparaît comme trop bref, même s'il ne court qu'à compter de la connaissance par l'État requérant du lieu de situation du bien culturel et de l'identité de son détenteur. Les modes d'action des appareils administratifs des États sont assez longs, et peuvent de fait donner l'impu-

(65) C'est-à-dire : «l'État membre dont le bien culturel a quitté illicitement le territoire» *in* article 1er, point 3 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(66) C'est-à-dire : «L'État membre sur le territoire duquel se trouve un bien culturel ayant quitté illicitement le territoire d'un autre État membre» *in* article 1er, point 4 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(67) Article 5 alinéa 2 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(68) Article 7, alinéa 1er de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(69) Cf. article 8 de la proposition modifiée de directive, *in Journal Officiel des Communautés européennes*, n° C 172/7.

(70) Article 8 de la proposition de directive, *in* Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-Syn 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1982, p. 49.

nité aux auteurs de crimes contre les biens culturels. Ainsi les trafiquants pourront dans certains cas profiter de leurs forfaits, ce qui n'est pas admissible.

À coté de cette prescription qui commence à courir à compter de la date à laquelle l'État spolié a connaissance de la présence d'un objet appartenant à son patrimoine, sur le territoire d'un État tiers, il est mis en place une autre prescription —complétant la première— qui débute à la date où l'objet a quitté illicitement son territoire d'origine (71).

En effet, «l'action en restitution se prescrit dans un délai de trente ans à compter de la date où le bien culturel a quitté illicitement le territoire de l'État membre requérant. Toutefois, dans le cas des biens faisant partie des collections publiques visées à l'article 1er paragraphe 1 et des biens ecclésiastiques dans les États membres dans lesquels ils font l'objet d'une protection spéciale conformément à la loi nationale, l'action en restitution se prescrit dans un délai de 75 ans, sauf dans les États membres où l'action est imprescriptible ou dans le cas d'accords bilatéraux entre États membres établissant un délai supérieur à 75 ans.» (72).

La rédaction antérieure de ce texte, en date du 8 juillet 1992, avait prévu l'imprescriptibilité de l'action en restitution, pour les objets appartenant aux collections publiques quelles que soient les dispositions de la loi nationale (73) (S'agissant de la prescription absolue). Le délai de cette prescription était de trente ans pour tous les autres biens (74).

Avant de porter une appréciation sur cet article, il faut préciser que les deux délais de prescription s'appliquent dans ces hypothèses, ils sont donc *cumulatifs*.

On distingue, pour la prescription deux groupes de biens, les biens «ordinaires» , d'une part, les biens faisant partie des collections publiques ou qui sont des biens ecclésiastiques, d'autre part.

Pour les premier, le délai de prescription est de trente ans, pour les second, il dépend de la législation nationale de l'État d'origine du bien. Si cette législation soumet ces biens à un régime spécial, la prescription est de 75 ans, si elle prévoit l'imprescriptibilité, ce sera cette dernière qui s'appliquera. Enfin, si un accord bilatéral est présent et prévoit un délai supérieur à 75 ans, ce sera cet accord qui s'appliquera.

Ce système —en ce qu'il laisse les droits nationaux avoir la prééminence sur la norme européenne— nous apparaît comme satisfaisant. Ainsi, chaque État pourra faire prévaloir la conception qu'il se fait de ses devoirs en matière de protection de son patrimoine national.

Dans un amendement à l'article 8 de la proposition initiale de directive, le Parlement Européen supprimait toute possibilité de prescription pour certains biens (qu'il s'agisse de la prescription relative ou absolue) : «Ces délais de prescription ne s'appliquent pas aux biens culturels du patrimoine public et aux biens ecclésiastiques» (75).

La suppression de la prescription relative ne nous apparaît pas souhaitable, car il est normal d'attendre une certaine diligence des États soucieux de la défense et

(71) Nous appellerons prescription relative, la prescription qui débute avec la connaissance, par l'État, de la présence d'un bien culturel sur le territoire d'un État tiers. La prescription, dont le délai commence à courir avec la sortie illicite du bien de son territoire d'origine, sera appelée prescription absolue.

(72) Article 7, alinéa 2 de la directive 97/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(73) Article 8 de la proposition modifiée de directive, *Journal officiel des Communautés européennes*, 8 juillet 1992, n° 172/7.

(74) *Ibid.*

(75) Amendement n° 19, *in* Galle (M), Rapport de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la proposition de la Commission au Conseil concernant une directive relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Parlement Européen, document de séance, 26 mai 1992, p. 11.

de la protection de leur patrimoine national. Mais à la condition, essentielle, que le moment à partir duquel commencera à courir le délai soit judicieusement choisi.

L'extension possible de l'imprescriptibilité (en matière de prescription absolue) aux biens du patrimoine public et aux biens ecclésiastiques constitue un progrès par rapport à la rédaction initiale. Mais cela n'est pas suffisant, la solution satisfaisante eut consisté à indiquer que sont imprescriptibles (76) les actions en restitution des biens qui appartiennent au patrimoine national, indépendamment de la nature de leur propriété. Ainsi, il suffirait, par exemple, qu'un bien soit classé, pour que sa restitution soit possible à tout moment.

En ce qui concerne la prescription absolue, le délai de trente ans (77) à compter du jour où le bien a quitté illicitement le territoire de l'État requérant nous apparaît comme encore plus critiquable car non dissuasif. Un individu assez jeune peut espérer profiter en toute impunité de son forfait au terme d'un délai raisonnable, si ce n'est lui, ce seront ses héritiers, et cela alors même que le patrimoine national de l'État dépossédé le sera de façon définitive. Si le vol est commis par des organisations structurées et peu scrupuleuses, le délai de trente ans apparaît ridicule. Il leur suffira de laisser l'objet à l'abri des regards dans le coffre de quelque institution honorable, pour pouvoir en disposer en toute impunité après trente ans. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école : certaines institutions américaines ou japonaises n'ont aucun scrupule à agir ainsi. Elles pourront donc entreposer, même sur le territoire de la communauté, des biens culturels, en attendant que le délai de trente ans se soit écoulé.

Dans cette optique le délai de 75 ans est plus satisfaisant, même si encore insuffisant.

Le problème de l'imprescriptibilité —absolue— nous apparaît mal posé. Le fait même de frapper d'imprescriptibilité les biens des collections publiques n'est pas conforme aux nécessités de la protection des biens culturels. Il est plus judicieux, pour déterminer le délai de prescription, de se référer au lieu de situation du bien après son transfert illicite, plutôt qu'à celui de sa provenance.

Dans le domaine de la protection des biens culturels meubles, plus qu'ailleurs peut-être, il faut laisser le temps faire son ouvrage et l'oubli intervenir. Il est souhaitable de laisser dans les lieux où ils se trouvent les biens, *même illicitement transférés*, s'il font partie intégrante du patrimoine de leur État «d'accueil» au moment où l'action en restitution est intentée. Le bien transféré a participé à la formation de l'identité culturelle de la nation sur le territoire de laquelle il se trouve, il aura une signification profonde pour les homme de cette entité. Ordonner la restitution dans de telles conditions, conduit à commettre une action aussi répréhensible que celle qui a concouru au premier transfert. Le délai de prescription absolue doit être modulé en fonction du lieu «d'accueil» du bien illicitement transféré. Si le bien culturel se trouve dans un lieu *effectivement* accessible au public, un délai de prescription de 150 à 200 ans (78) semble devoir constituer une protection suffisante au regard des impératifs précédemment évoqués.

En effet, il est des cas où la restitution d'éléments du patrimoine d'un État B, soustraits illicitement du territoire d'un État A et incorporés, par exemple, dans un monuments prestigieux, nécessiterait la démolition de ce dernier. Le dommage causé serait alors aussi condamnable que la spoliation initiale. La fontaine Bernini, à

(76) Dans les conditions que l'on précisera ensuite.
(77) Le Parlement Européen a proposé, dans un amendement n° 19, qu'il soit porté à 50 ans. *in* Galle (M), *ibid.*, p. 11.
(78) Le délai que nous indiquons ne constitue qu'une piste pour la réflexion qui doit se poursuivre dans ce domaine. On pourrait tout-à-fait concevoir qu'il soit allongé ou faiblement diminué. Dans cette dernière hypothèse, il ne nous apparaît pas réaliste de mettre en place un délai inférieur à 150 ans.

Rome, intègre un obélisque égyptien, sa restitution entraînerait la destruction du monument, ce qui n'est pas concevable.

Si le bien est dans une collection —ou un lieu— *non accessible au public*, l'imprescriptibilité dans toute sa rigueur s'impose, et l'État doit pouvoir le revendiquer à tout moment.

Une dernière condition de recevabilité de l'action en restitution consiste dans le fait que la sortie du territoire de l'État membre requérant soit toujours illégale au moment où l'action est introduite (79).

Cette disposition peut revêtir une importance considérable en cas de modification des dispositions relatives à la sortie des biens. Elle se réfère sans doute au principe selon lequel les lois plus douces peuvent faire l'objet d'une application rétroactive. Or cela concerne ordinairement les dispositions d'ordre pénal, et l'interdiction d'une exportation ne relève pas exclusivement du droit pénal. On peut donc trouver surprenant que la directive aborde cet aspect et, contraigne les États à modifier éventuellement leur tradition juridique, dans le domaine du droit civil qui ne relève pas la compétence communautaire. Sur le fond, on peut trouver non fondé le principe même de la disparition du caractère illicite de la sortie du bien. Si un bien culturel est d'importance nationale à la date D, on ne voit pas comment cette importance, sauf hypothèses mineures, pourrait disparaître. Sur le plan des principes, il est choquant de permettre au délinquant de bénéficier d'un changement de situation juridique, alors même que l'interdiction de sortie relève de dispositions qui n'ont pas forcément un caractère pénal. Si on peut admettre que les éventuelles conséquences pénales de l'acte puissent disparaître, les conséquences civiles ne le peuvent que par la mise en œuvre d'une éventuelle prescription.

2-2) Les conditions de fond de la restitution

Lorsqu'un État requérant saisit la juridiction compétente de l'État requis pour demander la restitution d'un bien culturel, le tribunal n'est pas tenu de déférer automatiquement à cette demande.

Il ne peut ordonner la restitution que « s'il est établi que [...le bien en cause...] est un bien culturel au sens de l'article 1er paragraphe 1 et que la sortie du territoire national était illicite» (80).

Les affirmations en ce sens de l'État membre requérant pourront être contestées devant le tribunal saisi, par le détenteur de l'objet.

Les contestations pourront être dirigées contre :

- la qualité de bien culturel de l'objet, c'est-à sa présence sur liste de l'annexe de la directive.
- la validité de sa qualification, par son État d'origine, de trésor national.
- le caractère illicite de la sortie.

La preuve contraire est admise, au profit du détenteur, pour toutes ces affirmations (81).

Si, après le débat contradictoire sur ces points, le tribunal ordonne la restitution, un dernier obstacle doit être franchi, il concerne l'indemnisation du possesseur du bien culturel illicitement exporté.

L'article 9 de la directive indique à ce sujet : «Dans le cas où la restitution du bien est ordonnée, le tribunal compétent de l'État membre requis accorde au possesseur une indemnité qu'il estime équitable en fonction des circonstances du cas

(79) Article 7, point 2 , de la directive 93/7 CEE du Conseil, *ibid.*
(80) Article 8 de la directive 93/7 CEE du Conseil, *ibid.*
(81) D'après le tableau explicatif de la proposition de directive, COM (91) 447 final-SYN 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1992, p. 34 a.

d'espèce, à condition qu'il soit convaincu que le possesseur a exercé la diligence requise lors de l'acquisition.

La charge de la preuve est régie par la législation de l'État membre requis.

En cas de donation ou de succession, le possesseur ne peut bénéficier d'un statut plus favorable que la personne dont il a acquis le bien à ce titre.

L'État membre requérant est tenu de payer cette indemnité lors de la restitution.» (82).

En outre, en cas de restitution, les dépenses résultant «de l'exécution de la décision ordonnant la restitution du bien culturel incombent à l'État membre requérant. Il en est de même des frais des mesures visées à l'article 4 point 4 (83)» (84).

Il s'agit, avec l'article 9, de prendre en compte la bonne foi du détenteur, pour qu'il n'ait pas à subir les conséquences dommageables d'une faute qui ne lui incombe pas. Le texte ne fait pas expressément référence à la bonne foi, mais évoque «la diligence» de l'acquéreur du bien (85). Dans la rédaction précédente il était indiqué que l'acquéreur avait droit à une indemnité «en fonction des circonstances du cas d'espèce, à condition qu'il prouve qu'il n'a pas pu ou dû savoir que le bien culturel a quitté illicitement le territoire de l'État membre requérant» (86). La première formulation était plus explicite. Les rédacteurs de la directive eussent d'ailleurs été plus inspirés en faisant figurer expressément cette condition dans le texte, la notion de «diligence» pouvant laisser penser que le comportement de l'acquéreur doit être d'une vigilance moins importante.

La Commission indique cependant, dans le commentaire des articles, que ce qui importe «c'est la bonne foi relative au caractère licite de la sortie du bien culturel du territoire de l'État membre requérant» (87). La sortie est licite si les conditions mises en place, par les États, sur la base du règlement (88) sont respectées. La directive ne fait pas de distinction entre les biens volés et les biens non volés. Aussi un bien culturel exporté par son propriétaire légitime peut faire l'objet d'une restitution si les formalités nationales de sortie n'ont pas été respectées.

Un problème survient : comment apprécier la bonne foi ?

En effet, selon l'État sur le territoire duquel le bien se trouve, les modalités d'appréciation de la «diligence» peuvent être différentes, en raison du caractère peu précis de cette notion. Les éventuelles distorsions dans l'appréciation peuvent avoir des effets criminogènes important, et les délinquants pourront choisir les pays d'exportation dans lesquels ils courront le moins de risque de voir leur «diligence» contestée. L'alinéa 2 de l'article 9, qui prévoit que la charge de la preuve est régie par l'État membre requis, ne fait que renforcer ce risque.

Le Parlement Européen avait proposé un amendement complétant cet article et indiquant que le possesseur devait prouver «[...] qu'il n'[avait] pas su ou pu savoir, agissant en bon père de famille, que le bien a quitté illicitement le territoire de l'État membre requérant» (89). L'introduction de la notion de «bon père de

(82) Article 9 de la directive 93/7 CEE du Conseil, *ibid.*
(83) Le point 4 de cet article 4, présenté supra, indique que les États sur le territoire desquels un bien culturel illicitement exporté est trouvé, doivent prendre, en coopération avec l'État spolié, les mesures nécessaires à sa conservation matérielle.
(84) Article 10 de la directive, *op. cit.*
(85) Le commentaire des articles de la directive effectué par la Commission se réfère expressément à la notion de "bonne foi".
(86) Article 10 de la proposition de directive, *op. cit.*
(87) Commentaire de l'article 10 de la proposition de directive, *in* Proposition de directive du conseil relative à la restitution des biens culturels ayant illicitement quitté le territoire d'un État membre, Commission des Communautés européennes, COM (91) 447 final-SYN 382, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 10 février 1992, p. 27.
(88) Que l'on a présenté dans le § I.
(89) Amendement n° 21, *in* Galle (M), *op. cit.*, p. 12.

famille» aurait pu contribuer favorablement à préciser les conditions d'admission de la bonne foi, mais la rédaction actuelle de la directive n'y fait pas référence. La notion de bonne foi a, en outre, un caractère équivoque. L'Unesco avait demandé à Unidroit d'étudier une formule d'harmonisation. «Unidroit a présenté différente propositions, qui se caractérisent par la volonté de concilier la liberté du commerce international des œuvres d'art et une protection optimale du patrimoine culturel. "La notion d'acheteur de bonne foi" est certes conservée, mais elle est nuancée : "la bonne foi consiste en la croyance raisonnable que le disposant a qualité pour disposer de la chose conformément au contrat"» (90). On ne trouve cependant aucune référence à ce travail d'Unidroit dans les textes communautaires.

Pour notre part, nous estimons que la bonne foi ne peut être invoquée dans le cas des transactions relatives à un bien culturel.

En effet, si l'acquéreur a payé un prix élevé pour l'achat du bien, la bonne foi ne pourra être invoquée. Le «bon père de famille» se serait assuré de la nature exacte de l'objet avant de contracter, l'origine frauduleuse du bien n'aurait pu qu'éclater alors. Ainsi le refus de remboursement du prix payé ne sera que la sanction de la mauvaise foi, et il sera tout à fait justifié.

Si le prix d'achat est d'un faible montant, l'invocation de la bonne foi par le possesseur pourrait être envisagée. Mais si on veut faire percevoir l'importance de la protection des biens culturels, et assurer une réelle répression des trafics illicites, il est nécessaire de la refuser, même dans cette hypothèse. L'acquéreur n'est que très peu lésé, il ne subit qu'un préjudice très faible, donc supportable, puisque le prix d'acquisition a été, par définition, d'un niveau très bas.

Aussi, tout possesseur illicite d'un bien doit supporter les conséquences, au mieux, de sa «négligence» et donc renoncer à l'espoir d'être indemnisé du prix qu'il a pu payer. Une telle solution est préconisée pour ses vertus «pédagogiques» importantes et son fort caractère d'exemplarité. Elle fait connaître précisément les risques financiers encourus par toute acquisition d'origine douteuse, et joue un rôle non négligeable dans la prévention des actions contre les biens culturels. Il est possible qu'une telle solution contribue à léser certains possesseurs mais, outre le fait qu'il s'agira d'hypothèses marginales, il nous apparaît que c'est le tribut à payer pour la protection des biens culturels.

La rédaction de cet article 9 est donc tout à fait néfaste et contribuera en pratique à rendre plus onéreux le retour des biens dans leur État d'origine. Elle incitera les délinquants à présenter des documents attestant de la forte valeur d'acquisition d'un bien, pour tenter d'éviter la dépossession, par renonciation de l'État d'origine à réunir les fonds nécessaires. On peut très facilement imaginer la constitution de réseaux tout à fait en mesure de réaliser ce genre de manipulations.

La directive apporte également quelques précisions quant à la situation juridique du bien, et les actions possibles de l'État d'origine sur ses nationaux, une fois la restitution opérée.

Il est indiqué que malgré le paiement par l'État d'origine des dépenses relatives à l'indemnisation du possesseur de bonne foi du bien, ainsi que des frais de justice inhérents à la restitution, il est permis à cet État de «réclamer le remboursement de ces montants aux personnes responsables de la sortie illicite du bien culturel de son territoire» (91).

(90) Galle (M), Rapport intérimaire de la commission de la jeunesse, de la culture, de l'éducation, des médias et des sports sur la circulation des biens culturels dans la perspective du marché unique, Parlement Européen, Documents de séance, 28 novembre 1990, p. 14.
(91) Article 11 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

De même, la «propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'État membre requérant.» (92).

Cet article «établit une règle uniforme de conflit de lois qui déroge à un principe de droit international privé selon lequel les droits réels acquis suivant la loi du pays où se trouve le bien au moment de la transaction ne sont pas affectés par le simple transfert du bien sur le territoire d'un autre pays. [...] Il s'agit dans cette hypothèse de droits acquis sous l'empire d'une législation nationale qui n'aurait pas du être applicable ; son applicabilité n'a pu être obtenue que par expédition ou exportation illicite du territoire de l'État membre d'origine.» (93).

Une fois le bien revenu sur son territoire d'origine, c'est donc le droit national qui va s'appliquer, aussi bien en ce qui concerne les éventuelles action —civiles comme pénales (94)— contre les délinquants qui ont permit sa sortie illicite, que s'agissant de sa propriété. La norme communautaire laisse donc aux États toute *compétence* en ce domaine.

Comme pour le règlement, étudié précédemment, la directive prévoit des modalités d'examen des résultats obtenus en ce qui concerne la restitution des biens culturels illicitement exportés, ainsi que d'amélioration du système mis en place, tous les trois ans, et pour la première fois en février 1996 (95).

L'article 17 de ce texte prévoit que dans ce cadre la Commission «est assistée par le comité institué à l'article 8 du règlement (CEE) n° 3911/92.» (96) (97).

L'article 18, enfin, indique les délais impartis aux États pour mettre en œuvre les dispositions législatives et réglementaires nécessaires pour se conformer à cette directive (98).

Comme on a pu l'indiquer, le règlement renvoi à une annexe pour la définition des catégories communes de biens culturels, qui permet de déterminer quels biens doivent être munis d'une autorisation d'exportation pour quitter le territoire de la Communauté. La directive, quant à elle, définit son champ d'application dans son corps même pour partie, mais renvoi à une annexe pour le reste, c'est-à-dire pour la fixation de ces mêmes catégories. Ces deux annexes ont un contenu identique.

§ 3) LES CATÉGORIES COMMUNES DE BIENS CULTURELS AU SENS DES INSTRUMENTS COMMUNAUTAIRES

Ces catégories sont constituées, en premier lieu, par l'énumération suivante :

«A. 1. Objets archéologiques ayant plus de cent ans et provenant de :
-fouilles ou découvertes terrestres et sous-marines,
-sites archéologiques,
-collections archéologiques.

(92) Article 12 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(93) Commentaire de la proposition de directive, *op. cit.*
(94) L'article 15 de la directive précitée indiquant : «La présente directive ne porte pas atteinte aux actions civiles ou pénales que peuvent engager, conformément au droit national des États membres, l'État membre requérant et/ou le propriétaire auquel un bien culturel a été volé».
(95) Article 16 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(96) Il s'agit du règlement précédemment étudié.
(97) Article 17 de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*
(98) L'article 18 indique «Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de neuf mois à compter de son adoption, sauf en ce qui concerne le royaume de Belgique, la république fédérale d'Allemagne et le royaume des Pays-Bas qui doivent se conformer à la présente directive au plus tard douze mois à compter de la date de son adoption. ils en informent la Commission. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres».

2. Éléments faisant partie intégrante de monuments artistiques, historiques ou religieux et provenant du démembrement de ceux -ci, ayant plus de cent ans.

3. Tableaux et peintures faits entièrement à la main, sur tout support et en toute matière (99).

4. Mosaïques, autres que celles qui entrent dans les catégories 1 ou 2, et dessins faits entièrement à la main, sur tout support et en toute matière (100).

5. Gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices respectives, ainsi que les affiches originales (101).

6. Productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture et copies obtenues par le même procédé que l'original (102), autres que celles qui entrent dans la catégorie 1.

7. Photographies, films et leurs négatifs (103).

8. Incunables et manuscrits, y compris les cartes géographiques et les partitions musicales, isolés ou en collection (104).

9. Livres ayant plus de 100 ans, isolés ou en collection (105).

10. Cartes géographiques imprimées ayant plus de 200 ans

11. Archives de toute nature comportant des éléments de plus de 50 ans, quel que soit leur support.

12. a) collections (106) et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie ou d'anatomie ;

b) collections (107) présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique ou numismatique.

13. Moyens de transport ayant plus de 75 ans.

14. Autres objets d'antiquité non repris dans les catégories visées aux points A.1 à A.13, ayant plus de 50 ans (108).» (109).

Avant de préciser les autres éléments de définition de ces catégorie communes, il importe de préciser que les États gardent une certaine liberté s'agissant de l'exigence d'une licence d'exportation. En effet, ils «peuvent ne pas exiger d'autorisation d'exportation pour les biens culturels visés aux premier et deuxième tirets de la catégorie A.1 de l'annexe, lorsqu'ils offrent un intérêt archéologique ou scientifique limité, et à condition qu'ils ne soient pas le produit direct de fouilles, de

(99) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(100) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(101) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(102) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(103) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(104) Ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leurs auteurs.
(105) Dans la rédaction de la proposition initiale d'annexe, il était indiqué pour cette catégorie : «Livres ayant plus de 200 ans d'âge, isolés ou en collection».
(106) Telles que définies par la Cour de justice dans son arrêt 252/84, comme suit :«Les objets pour collections au sens de la position 99.05 du tarif douanier commun sont ceux qui sont présentent les qualités requises pour être admis au sein d'une collection, c'est-à-dire les objets qui sont relativement rares, ne sont pas normalement utilisés conformément à leur destination initiale, font l'objet de transactions spéciales en dehors du commerce habituel des objets similaires utilisables et ont une valeur élevée».
(107) *Ibid.*
(108) Le règlement, mais non la directive, précise cette énonciation en indiquant qu'elle comprend deux sous catégories : pour les objets ayant entre 50 et 100 ans d'âge : les jouets, jeux ; la verrerie; les articles d'orfèvrerie ; les meubles et objets d'ameublement ; les instruments d'optique, de photographie ou de cinématographie ; les instruments de musique : l'horlogerie ; les ouvrages en bois ; les poteries ; les tapisseries ; les tapis ; les papiers peints ; les armes ; pour les autres, ayant plus de 100 ans d'âge. On comprend parfaitement que la directive ne soit pas allée jusqu'à ce degré de précision, car elle ne poursuit pas les même finalités que le règlement, qui sont de permettre à tout douanier d'un État de la Communauté de déterminer précisément si un bien culturel présenté à l'exportation extra-communautaire doit être ou non muni d'un certificat de sortie.
(109) Annexe de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

découvertes et de sites archéologiques dans un État membre, et que leur présence sur le marché soit légale.» (110).

Cette disposition permet à un État de laisser sortir un objet sans exiger de licence d'exportation. Elle concerne les éléments contenus dans la catégorie A1 de l'annexe fixant les catégories communes de biens culturels. Cette disposition signifie que lorsque l'exportateur présentera l'objet à une frontière extérieure, les douaniers de l'État frontalier pourront le laisser sortir sans licence d'exportation, malgré le fait qu'il appartienne aux catégories communes.

Cela suppose d'une part, que ces douaniers s'informent, ou aient été informés de l'exemption de ces biens de la nécessité d'autorisation d'exportation, d'autre part qu'ils effectuent une confrontation entre les énonciations de la liste fixant les catégories communes et les dispositions étatiques internes qui suppriment l'autorisation. Il s'agit ici d'une *rupture* de l'harmonisation, puisque on permet à chaque État de se déterminer comme il l'entend sur ce point.

On ne voit pas pourquoi le règlement prévoit de telles dispositions, elles contribuent à complexifier inutilement un régime juridique qui pose déjà en lui même beaucoup de problèmes. On ne comprend d'ailleurs pas les finalités poursuivies

Ces énonciations sont éminemment critiquables, elles permettent à l'État d'exclure de la soumission à autorisation certaines catégories de biens, mais à la condition qu'ils ne soient pas le produit direct de fouilles etc. Cela suppose que l'État en cause se livre à des recherches pour identifier la provenance du bien, le caractère licite des mouvements qu'il a subi, et enfin, sa présence légale sur le marché.

En outre, cela permet des contestations sur l'origine exacte du bien, et également sur son «intérêt archéologique ou scientifique limité», notions qui ne sont guère précises.

Les douaniers de l'État tiers communautaire (111) auront de grandes difficultés d'application de ces dispositions, lorsque un bien archéologique est présenté à l'exportation, ils devront s'interroger sur l'étendue exacte du droit applicable, annexe du règlement, ou annexe modifiée par les possibilités données par l'alinéa 4 de l'article 2.

On voit mal comment, dans la pratique, une telle disposition pourra être mise en œuvre, elle est la porte ouverte au développement des trafics concernant les antiquités, en raison des incertitudes qu'elle met en place.

La seule appartenance à liste précédemment indiquée ne suffit pas à faire entrer les biens culturels visés dans le champ d'application du système communautaire de protection. Car, les biens culturels «visés aux catégories des points A.1 à A.14 ne sont régis par la présente directive (112) *que si leur valeur est égale ou supérieure aux seuils financiers figurant au point B* » (113).

(110) Article 2, point 2, alinéa 4 du règlement (CEE) n° 3911/92 du 9 décembre 1992 *ibid.*
(111) On entend par État tiers communautaire, l'État qui contrôle la sortie d'un bien qui provient d'un autre État de la Communauté.
(112) Une disposition identique figure en annexe du règlement relatif à l'exportation des biens culturels.
(113) Annexe de la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

Ces seuils en valeur en *écus* (114) (115) sont les suivants (116) (117) :

— Valeur 0 (zéro) pour les catégories *1* (objets archéologiques) ; *2* (démembrement de monuments) ; *8* (incunables et manuscrits) ; *11* (archives).

— Valeur 15.000 pour les catégories *4* (mosaïques et dessins) ; *5* (gravures) ; *7* (photographie) ; *10* (cartes géographiques et imprimées).

— Valeur 50.000 pour les catégories *6* (statuaire) ; *9* (livres) ; *12* (collections) ; *13* (moyens de transport) ; *14* (tout autre objet).

— Valeur 150.000 pour la catégorie 3 (tableaux).

Le Parlement Européen avait proposé un amendement créant une autre catégorie, celle des : «Objets cultuels, tels que vases sacrés, vêtements sacerdotaux, livres liturgiques, icônes, bas-reliefs et sculptures, ayant plus de cent ans d'âge» (118), mais la Commission ne l'a pas retenu.

Cette attitude est critiquable, même si on pourrait considérer que le point A.2 de l'annexe, dans sa rédaction actuelle, en faisant référence aux «éléments [...] faisant partie intégrante de monuments [...] religieux et provenant du démembrement de ceux-ci, ayant plus de cent ans» (119) et le point A 14, aux «objets d'antiquité non repris dans les catégories visées aux points A.1 à A 13, ayant plus de 50 ans» (120) engloberait ces biens.

Il aurait été souhaitable d'apporter cette précision, pour faciliter le travail d'identification des douaniers, lorsqu'ils doivent s'interroger sur la nécessité, pour un bien d'être muni d'une autorisation d'exportation, lors d'une sortie extra-communautaire. Cet ajout aurait également été fort utile pour la mise en œuvre d'une procédure de restitution de bien culturel illicitement exporté dans le territoire de la Communauté. En effet, cela pourrait permettre d'éviter des contestation quant à la détermination du champ d'application de la restitution, pour des biens qui ont une forte valeur *culturelle*.

Un autre amendement visait à ajouter à l'Annexe un point C nouveau indiquant : «Si un bien culturel peut être classé dans plusieurs catégories prévues dans l'annexe, il doit être considéré comme appartenant à la catégorie qui permet de lui assurer la meilleure protection» (121). La Commission a refusé un tel ajout, alors même qu'il permet de lever certaines ambiguïtés et indique précisément que la protection est le but principal de ce dispositif.

Les biens figurant sur cette liste ne peuvent être restitués que s'il sont, en outre, qualifiés de «trésors nationaux» par les États. Cependant, pour être restitués, les biens des collections publiques ou figurant sur les inventaires des institutions ecclésiastiques n'ont pas à figurer sur la liste des catégories communes. Toutefois, ils doivent impérativement appartenir aux «trésors nationaux» des États.

La liste des catégories communes permet —comme on l'a déjà indiqué— de définir le champ d'application des contrôles à l'exportation aux frontières extérieures.

---

(114) Le respect des conditions relatives aux valeurs financières doit être jugé au moment de l'introduction de la demande en restitution. La valeur financière est celle du bien dans l'État membre requis.

(115) La date de conversion en monnaie nationale des valeurs exprimées en écus est le premier janvier 1993.

(116) D'après la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(117) Les montants de ces seuils peuvent être actualisés, tous les trois ans, en fonction des indices économiques et monétaires dans la Communauté. (article 10 alinéa 5 du règlement (CEE) 3911/92 du Conseil précité, et article 16, point 4 de la directive 93/7 CEE du Conseil, précitée.

(118) Amendement n° 25, *in* Galle (M), Rapport de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la proposition de la Commission au Conseil concernant une directive relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, Parlement Européen, document de séance, 26 mai 1992, p. 13.

(119) Annexe à la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(120) Annexe à la directive 93/7/CEE du Conseil, *ibid.*

(121) Amendement n° 31, *in* Galle (M), *ibid.*, p. 15.

Cette énumération a les défauts des démarches de ce type, qui introduisent un élément de rigidité, et une catégorisation qui peut apparaître sur certains points artificielle.

Les seuils d'ancienneté, si on peut les admettre pour les objets d'antiquité, sont moins justifiables pour les autres catégories. En ce qui concerne les archives par exemple, «le critère d'ancienneté de 50 ans ne semble pas réaliste, [...] les archives d'un artiste tel que Magritte ou Picasso deviennent ipso facto biens culturels dès le décès, sauf dispositions testamentaires contraires de l'intéressé» (122).

Mais le plus grave défaut de cette liste est qu'on y a adjoint des critères financiers : un bien pour être restitué (ou soumis à contrôle à l'exportation vers des pays hors communauté) devra figurer sur la liste au point A mais également être d'une valeur supérieure à celles indiquées au point B.

Pour ce qui est du montant de ces valeurs chiffrées, ils sont fournis sans aucune explication. Cette volonté de quantification économique est préjudiciable à la protection des biens culturels, car elles n'est pas adaptée à la prise en compte d'intérêt non économiques.

Il n'y a d'autre part, aucune explication fournie quant au quantum des seuils mis en place, et cela est très regrettable.

Un autre problème peut également se poser : quels sont les critères de détermination de la valeur du bien ? Faut-il se référer à la valeur atteinte en vente publique, au prix du marché, ou à d'autres critères ? Cet élément d'incertitude s'ajoute aux nombreuses critiques qu'on a déjà pu formuler.

La mise en place d'éléments chiffrés de cette nature, conduit à la formation d'un «effet de seuil», c'est-à-dire qu'un bien dont la valeur très légèrement inférieure ou très légèrement supérieure à la référence ne bénéficiera pas ou bénéficiera de la protection. La faible fiabilité des évaluations à quelques écus près fait reposer la protection, dans ces hypothèse, davantage sur le hasard que sur la rigueur.

En outre fonder une protection *culturelle* sur des données éminemment économiques, comme celles-ci, nous semble révéler une absence totale de prise ne considération de la spécificité de tels biens.

Le Comité économique et social des communautés européennes a d'ailleurs estimé que la notion de valeur peut être sujette à caution (123).

M. Garcia Amigo, rapporteur pour avis de la commission juridique des droits des citoyens au Parlement Européen manifeste également son opposition à la mise en place de cette notion de valeur : «[...] il est inopportun de se baser sur la seule valeur économique de l'objet pour établir un seuil commun à partir duquel il pourrait y avoir restitution ou exportation (124). Outre la valeur économique qui varie constamment en fonction des fluctuations imprévisibles du marché de l'art, il y a la valeur morale de l'objet pour une communauté, un pays ou une culture déterminée qui, elle, ne peut être chiffrée en termes économiques» (125).

L'avenir permettra de mieux mesurer les effets de ces instruments communautaires, mais on peut d'ores et déjà avoir les plus grandes craintes.

Seules 4 catégories ne sont pas soumises à des seuils financiers : il s'agit de celles figurant aux points 1, 2, 8, 11. On ne peut qu'approuver le principe de cette

(122) Avis du Comité économique et social des Communautés européennes sur les «Proposition de Directive du Conseil relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre», «Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exportation de biens culturels», ref Soc/ 233 " Biens culturels ", 26 mai 1992.

(123) Avis du Comité économique et social des Communautés européennes, 26 mai 1992, *op. cit.*

(124) Les membres de phrase soulignés le sont par l'auteur.

(125) Garcia Amigo (M), Avis de la commission juridique et des droits des citoyens à l'intention de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias sur la circulation des biens culturels dans la perspective du marché unique, Parlement Européen, 21 janvier 1992.

exclusion, mais il serait souhaitable de la généraliser. Il est difficile d'en expliquer les raisons, faute de précisions fournies par les documents communautaires accessibles.

La définition des catégories communes est d'une grande importance pour l'application du système de contrôle à l'exportation. Pour la restitution s'ajoute une notion dont la détermination du contenu appartient en principe aux États : celle de «Trésor National».

SECTION 2 - LA NOTION DE «TRÉSORS NATIONAUX» ET L'ÉTENDUE DES COMPÉTENCES NATIONALES DE PROTECTION

L'article 36 du traité met en place une exception à la libre circulation fondé sur des considérations non économiques et, en l'espèce, fondée sur la protection des Trésors nationaux.

Il appartient aux États de déterminer ce qu'ils entendent par «trésor national», puisque les textes communautaires ici étudiés leur laissent ce soin. Avant d'examiner quelle est la marge de liberté accordée aux États pour la définition des trésors nationaux, il convient de s'intéresser sur les rapports entre le champ d'application des normes communautaires et la notion de trésor national.

§ 1) LE RAPPORT ENTRE LE CHAMP D'APPLICATION DES INSTRUMENTS COMMUNAUTAIRES ET LA NOTION DE TRÉSOR NATIONAL

Pour le contrôle à l'exportation extra-communautaire, tous les biens culturels appartenant aux catégories communes, mais seulement eux, doivent être accompagnés d'un certificat de sortie émanant de leur État d'origine.

Un bien qualifié par son État d'origine de Trésor National, mais qui ne figurera pas sur la liste des catégories communes, pourra être exporté hors de la communauté sans contrôle. Il ne devra pas être muni du certificat de sortie.

Ce système est éminemment critiquable, puisque les États perdent, *de facto*, toute liberté de qualification d'un bien comme trésor national, alors même que le principe de cette liberté est affirmé. Ils pourront *en droit* définir, sous le contrôle des organes communautaires, leurs trésors nationaux, et les soumettre à des procédures de sortie du territoire national, mais ne pourront effectuer aucun contrôle à leurs frontières, ni exiger qu'un contrôle soit fait aux frontières extérieures.

Le risque de perte d'éléments importants du patrimoine national est surtout présent pour les catégories affectés d'un seuil financier. Les États ne peuvent pas protéger des biens de faible valeur marchande, mais de grande importance culturelle. La «sauvegarde» qu'aurait pu constituer le point 14 de l'annexe commune, qui fait référence aux «autres objets d'antiquité non repris dans les catégories visées aux points A.1 à A.13, ayant plus de 50 ans», est elle-même sans efficacité, car d'une part cette catégorie est affectée d'un seuil financier, d'autre part les objets ayant moins de 50 ans d'âge ne peuvent être protégés. Ces derniers peuvent avoir un intérêt culturel non négligeable, notamment en raison de l'évolution rapide des sciences et des techniques.

La restitution du bien culturel illicitement sorti du territoire national n'est possible, que pour les biens qui appartiennent aux catégories communes —ou aux collections publiques ou institutions ecclésiastiques— *et* qui ont été qualifiés de trésors nationaux par les États. Ainsi les États, s'ils veulent obtenir la restitution de leurs biens culturels, devront s'efforcer de faire coïncider la liste de leurs trésors

nationaux avec celle des catégories commune. Que fait-on de la compétence affirmée des États dans la définition des trésors nationaux ? Cette compétence se traduit seulement *de facto* par la possibilité de soumettre à un régime dérogatoire les mouvements de certains biens culturels, mais sans pouvoir effectuer aucun contrôle aux frontières internes.

La seule compétence qui sera attribué aux États se trouve dans la définition des trésors nationaux au sens de l'article 36 du traité CEE. Mais ce dernier n'accorde pas une liberté totale aux États.

§ 2) L'ÉTENDUE DE LA COMPÉTENCE DES ÉTATS DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 36 DU TRAITÉ CEE

Avant d'étudier plus précisément le champ d'application de l'article 36, qui met en place des possibilités de dérogations à la règle de la libre circulation, il est important de présenter l'économie générale du traité concernant cet aspect.

A) Le principe de libre circulation des marchandises

Les articles 30 à 34 du traité CEE mettent en place un principe général de libre circulation des marchandises. Ils tendent vers la suppression des restrictions quantitatives, mais également des mesures d'effet équivalent de diverse nature. On envisagera uniquement les mesures qui sont relatives aux exportations, puisque s'agissant des trésors nationaux, seuls ces mouvements peuvent constituer un appauvrissement du patrimoine national. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) considère que «toute formalité spéciale à l'exportation par le retard qu'elle entraîne et l'effet dissuasif qu'elle comporte à l'égard des exportateurs, constitue un obstacle aux échanges» (126), ce peut être le cas lorsqu'il est exigé des licences ou des certificats d'exportation. Les mesures instituant des contrôles à l'exportation peuvent également porter atteinte au principe de libre circulation, si par exemple elles entraînent des frais et délais déraisonnables (127) ou lorsqu'elles comportent des obligations exagérées (128).

Les différentes mesures que prennent les États pour contrôler les mouvements de biens culturels à l'exportation peuvent tomber sous le coup de ces prohibitions, sauf à être admissibles en vertu de l'article 36 du traité CEE.

B) Les exceptions au principe de libre circulation, la règle dérogatoire de l'article 36

L'article 36 du traité CEE indique : «Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, *de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique, archéologique* ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un

(126) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 16 mars 1977, Commission c/ France, aff. 68/76, *Rec. CJCE*, p. 515.
(127) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 11 juin 1987, Gofette et Goillard, aff. 406/85, *Rec. CJCE*, p. 2525.
(128) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 17 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 154/85, *Rec. CJCE*, p. 2717 ; Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 20 septembre 1988, Handelsonderneming Moormann BV, aff. 190/87, J.-Cl. Europe, fasc 520, p. 9.

moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres».

Cet article n'est applicable qu'aux dispositions des article 30 à 34, la CJCE l'a confirmé dans un arrêt du 10 décembre 1968 : «[...] tant par son emplacement que par un renvoi exprès aux articles 30 à 34 [cet article] fait partie du chapitre relatif à l'élimination des restrictions quantitatives entre les États membres [...]» (129). Il introduit une possibilité de dérogation à la règle de libre circulation pour notamment les trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique et archéologique.

Comment faut-il interpréter cette disposition ?

Elle vise à instaurer une compétence nationale pour la délimitation des notions auxquelles elles font référence. Pour M. Pescatore, juge à la CJCE, «l'article 36 est plus qu'une exception aux règles du libre-échange : il marque une limite à la compétence de la communauté» (130). Cependant cette «liberté» est sévèrement encadrée, l'article 36 instituant une dérogation au principe de libre échange, la réserve de compétence nationale qu'il introduit doit être comprise de façon particulière.

- L'article 36 vise exclusivement des hypothèses non économiques : «[...] l'article 36 vise à sauvegarder des intérêts de nature non économique. En effet, un État membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets des mesures prévues par le traité sous prétexte des difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intra-communautaire» (131).

- Il doit être interprété strictement car il met en place une exception à une règle fondamentale du traité, «cela signifie à la fois que chaque clause de l'article 36 doit être conçue de manière restrictive et que l'article 36 ne peut être étendu à des hypothèses autre que celles qui y sont limitativement énoncées» (132).

- La réserve de compétence n'est ni exclusive ni définitive : «[...] la Cour a jugé que le recours à l'article 36 cessait d'être justifié lorsque, par application de l'article 100 du traité, des directives communautaires ont prévu l'harmonisation des mesures nécessaires pour assurer la protection de la santé publique et aménagent des procédures communautaires de contrôle de leur observation. C'est alors dans le cadre de la directive d'harmonisation que les éventuels contrôles doivent être effectués et les mesures de protection prises. Par ailleurs, lorsqu'une directive est intervenue, les États membres ne peuvent pas imposer des exigences différentes de celles prévues par la directive. Les règles communautaires l'emportent sur les règles nationales de même objet» (133). Un arrêt du 8 novembre 1979 précise que l'intervention d'une directive peut constituer une des «conditions rendant injustifié un recours des États membres aux exceptions permises par l'article 36 du traité» (134).

Le texte lui-même comporte une «clause d'abus [dans] la deuxième phrase qui doit empêcher que cette possibilité de dérogation soit utilisée à des fins discriminatoires ou de protectionnisme commercial» (135). La Cour de justice veille à ce que les États utilisent la compétence qui leur est octroyée dans des buts conformes au traité. L'invocation de l'article 36 ne donne pas aux États une totale liberté d'intervention.

---

(129) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1986, Commission c/ République italienne, aff. 7/68, *Rec. CJCE*, p. 618.
(130) Pescatore (P), «Le commerce de l'art et le marché commun», *RTD eur.*, 1985, p. 451.
(131) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 juillet 1984, Campus Oil, aff. 72/83, *Rec. CJCE*, p. 2727, d'après J.-Cl. Europe, fasc 520, p. 12.
(132) Masclet (J-C), J.-Cl. Europe, fasc 520, p. 12
(133) Masclet (J-C), *ibid.*
(134) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 8 novembre 1979, Firma Denkavit, aff. 251/78, *Rec. CJCE*, p. 3395, d'après J.-Cl. Europe, fasc 520, p. 13.
(135) Pescatore (P), *op. cit.*

Le principe de proportionnalité est implicitement compris dans l'article 36 par l'indication que les mesures autorisées doivent être *justifiées* par des raisons de protection des divers intérêts cités. La Cour de justice des communautés européennes l'a rappelé à plusieurs reprises :

• «[...] l'article 36 constitue une exception au principe fondamental de la libre circulation des produits et [...] il doit, dès lors, être interprété de façon à ne pas étendre ses effets au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir» (136).

• «[...] il convient d'observer que cette disposition concerne des hypothèses exceptionnelles, bien délimitées et ne se prêtant à aucune interprétation extensive» (137).

• «[...] pour pouvoir se prévaloir de l'article 36, les États membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette disposition en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens [...]» (138).

Les mesures prises doivent avoir un lien de causalité direct avec l'intérêt à protéger, et manifester une adéquation avec cet intérêt. La CJCE contrôle ces points. Les États ne sont autorisés à utiliser les possibilités octroyées par l'article 36 du traité CEE, que s'il n'existe pas d'autres moyens «constituant une entrave moindre pour les échanges afin d'atteindre ce même objectif» (139).

«En définitive, le courant jurisprudentiel qui s'est établi depuis l'arrêt "Cassis de Dijon" de 1979 est marqué par une interprétation des textes toute orientée vers l'objectif de maintenir une fluidité maximum de circulation intra-communautaire» (140).

La liberté d'action des États, en ce qui concerne les mesures qu'il est possible de prendre, est conçue de façon très restrictive.

L'application de l'article 36 aux biens culturels se fait par l'intermédiaire de la notions de «trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique». Le règlement et la directive que nous avons précédemment présentés indiquent *qu'il appartient aux États de définir* sous le contrôle des institutions communautaires le contenu qu'ils souhaitent donner à cet article. La présence d'une directive communautaire n'interdit pas en l'espèce l'intervention étatique, puisque cette directive y renvoie expressément, la réserve de compétence, à laquelle nous avons fait référence, demeure. Il importe donc de préciser quel contenu on peut donner à la notion de trésor national ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. La jurisprudence en ce domaine reste limitée à l'affaire opposant l'Italie à la Commission relativement à la taxe sur les exportations de biens culturels (141). Une loi italienne du 1er juin 1939, sur la protection des objets d'intérêt artistique ou historiques (142), prévoyait notamment la perception à l'exportation, d'une taxe progressive sur la valeur de l'objet, s'échelonnant, par tranches successives, de 8 à 30 %. En janvier 1960, la Commission à invité la République italienne a supprimer à l'égard des autres États membres la perception de ladite taxe qu'elle considérait comme ayant les mêmes effets qu'un droit de douane à l'exportation, et donc

(136) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 12 décembre 1978, Eggers, aff. 13/78, *Rec. CJCE*, p. 1935.
(137) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 19 décembre 1968, Salgoil, aff. 13/68, *Rec. CJCE*, p. 661.
(138) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, aff. 7/68, *Rec. CJCE*, p. 618.
(139) Mattera (A), Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, Préface de Bangeman (M), E.J.A. Jupiter, Paris, 1990, p. 397.
(140) Gavalda (Ch), Parleani (G), *Droit communautaire des affaires*, LITEC, Paris, 1988, p. 46.
(141) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, aff. 7/68, *Rec. CJCE*, p. 618.
(142) Loi n° 1089 du 1er juin 1939, *Gazzetta Ufficiale*, 8 août 1939, n° 184.

contraire à l'article 16 du traité. Après utilisation de la procédure prévue à l'article 169 du traité CEE (manquement) la Commission a saisi la Cour de justice.

L'Italie, pour sa défense, soutenait que les biens de caractère artistique, historique, archéologiques ou ethnographiques «[...] ne seraient pas susceptibles d'être assimilés aux biens de consommation ou d'usage général et ne seraient donc pas soumis aux dispositions du traité applicables aux biens du commerce commun» (143).

En outre, «en raison de son objet, de sa portée et de ses effets, la taxe litigieuse relève moins des dispositions du traité relatives aux taxes d'effet équivalent à un droit de douane à l'exportation que de celle concernant les restrictions quantitatives» (144). L'article 36 du traité CEE légitime des restrictions d'exportations «justifiées par des raisons de protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et ne [constitue] ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres» (145).

La Cour estime : «aux termes de l'article 9 du traité, la Communauté est fondée sur une union douanière " qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises ", [...] par marchandises, au sens de cette disposition, il faut entendre l*es produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels de former l'objet de transactions commerciales*, [...ainsi...], ces biens sont soumis aux règles du marché commun, sous réserve des seules dérogations expressément prévues par le traité» (146). La Cour procède ainsi à une assimilation des «biens culturels» aux autres marchandises, tout produit appréciable en argent et susceptible de former l'objet de transactions commerciales est soumis au principe de la libre circulation. Cette vision extensive des marchandises nous apparaît comme préjudiciable à la défense d'intérêts culturels. Mais on ne peut sans doute demander davantage à un traité qui n'a qu'une vision essentiellement économique des choses. Quoi qu'il en soit, une telle vision ne saurait valablement prévaloir, puisqu'elle conduit à assimiler les biens culturels aux autres marchandises, alors qu'ils sont d'une irréductible spécificité. Certes ils font l'objet d'échanges sur un marché, et comme tels sont insérés dans une logique économique, mais cette dernière ne justifie pas qu'on les assimile aux autres marchandises. L'aspect économique doit être second par rapport à l'aspect culturel, or c'est la solution inverse qui semble prévaloir.

L'arrêt concernant la taxe italienne ne donne pas une interprétation jurisprudentielle des termes de l'article 36, le débat a porté sur la qualification de la mesure prise par l'Italie. La Cour a estimé qu'il s'agissait d'une taxe et qu'ainsi l'article 36 ne pouvait s'appliquer, son champ d'application étant limité aux article 30 à 34 inclus (147).

Pour avoir une vision plus proche du contenu de la catégorie des «trésors nationaux...», ainsi que de l'étendue des mesures qui seraient autorisées par l'article 36, on ne peut que se référer aux différents auteurs qui se sont livrés à des propositions d'interprétation.

---

(143) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, *op. cit.*
(144) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, *ibid.*
(145) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, *ibid.*, p. 624.
(146) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 10 décembre 1968, Commission c/ République italienne, *ibid.*, p. 626.
(147) Les précisions apportées par l'arrêt quant aux modalités d'application de l'article 36 ont été présentés dans les développements précédents.

Pour Mlle Lecrenier (148) «on peut considérer que sont des trésors nationaux, les objets liés de si près à l'histoire ou à la vie d'un pays, que leur départ constituerait une perte d'importance nationale pour ce pays, ou des objets d'une valeur esthétique telle que leur départ pèserait lourdement sur le patrimoine artistique d'un pays, ou les objets de collection dont la valeur propre ou celle de l'ensemble dont ils font partie, serait considérablement diminuée en cas de dissociation des éléments de cet ensemble, ou encore des objets d'une signification très importante pour la compréhension des arts ou de l'histoire d'un pays» (149). Si on reste à un tel niveau de généralité, il est possible de concevoir très largement la capacité d'action des États. On doute toutefois que la Commission ou la Cour de justice fassent preuve d'une grande souplesse quant à l'interprétation pratique des éléments contenus dans cette définition.

La tâche des institutions communautaires de contrôle nous apparaît comme hautement périlleuse. Comment en effet avoir une parfaite connaissance ce qui va constituer l'intérêt national culturel de douze États différents ? Comment déterminer, alors qu'on n'a pas forcément des connaissances approfondies de l'histoire de l'art et de l'histoire de ces pays, «l'importance pour la compréhension des arts ou de l'histoire d'un pays» de telle ou telle œuvre ? De telles appréciations nécessitent, pour un juge, qui n'est pas le national du pays en cause, des recherches approfondies. Dans le cas contraire le jugement qui sera porté ne pourra être que déficient. On peut s'interroger sur l'aptitude des organes communautaires, imprégnés d'un mode de pensée purement économique, quant à l'appréciation fine des impératifs culturels et de la valeur, d'un bien pour un État.

Pour M. Duquesne (150), dans le texte de l'article 36 «chaque mot mérite réflexion» (151), l'analyse qu'il faut en faire doit être très pointilleuse. Pour ce fonctionnaire avec l'article 36 «il s'agit de "protéger", et non de stériliser» (152). Les biens objets de protection sont des «trésors, [l]e mot bien qu'employé dans le langage courant de manière extensive, doit garder, dans le domaine aussi précis que celui que couvre le Traité, un sens clair» (153). «Il ne peut donc s'agir que d'œuvres, etc...ayant une dimension nationale, et sous réserve, de plus, qu'elles aient une " valeur " artistique, historique ou archéologique» (154).

Sur ces premiers point, on peut faire plusieurs observations :

- Protéger peut se comprendre comme le fait de soustraire le bien au jeu du marché pour le faire, par exemple, figurer dans une institution muséographique où il pourra être frappé d'inaliénabilité. M. Duquesne considère-t-il qu'il s'agit d'une «stérilisation» ? Dans l'affirmative on ne peut qu'être opposé à une telle interprétation. La protection du patrimoine suppose que celui-ci soit en mesure de jouer son rôle, comme facteur d'épanouissement individuel, mais aussi d'intégration sociale (155) il n'appartient pas aux instances communautaires, sauf erreur manifeste d'appréciation, de porter un jugement sur la façon dont chaque État entend

(148) Administrateur à la Commission des Communautés européennes, Direction Générale du marché intérieur et des affaires industrielles. On peut noter à cet égard que c'est une direction du marché intérieur et non des affaires culturelles qui traite de ces problèmes.
(149) Lecrenier (S), «Libre circulation des objets d'art dans la communauté économique européenne», Journal des commissaires-priseurs, 1988, 3e et 4e trimestre, p. 154.
(150) Ancien directeur à la commission économique pour l'Europe-ONU-Genève, administrateur civil (E/R) au ministère de l'économie et des finances de France.
(151) Duquesne (J), «Le régime des échanges de biens culturels dans l'Europe des douze», Étude faite à la demande de la Commission des Communautés européennes, Études et propositions, novembre 1988, référence X/ Culture/15/1988, p. 17.
(152) Duquesne (J), *ibid.*
(153) Duquesne (J), *ibid.*
(154) Duquesne (J), *ibid.*
(155) Sur ces considération cf. Poli (J-F), *La protection des biens culturels meubles,* Thèse de doctorat, Aix-en-Provence, octobre 1992.

intervenir pour ce faire. Les compétences communautaires ne sont pas étendues au domaine culturel *stricto sensu* (156), on ne voit pas d'ailleurs comment, en l'état actuel du traité, cela pourrait se faire.

- La notion de «trésor» doit certes garder un sens clair, mais encore faudrait-il que ce terme figure dans toutes les versions du traité. Mme Carzou, rédacteur d'un rapport pour le Sénat sur la libre circulation des œuvres d'art , indique à ce propos :«dans sa version italienne, l'article 36 autorise les dérogations justifiées par la protection "du patrimoine artistique, artistique ou archéologique national" ; nulle mention donc de "trésor", et formulation beaucoup plus large» (157). Comme le remarque fort justement cet auteur : «il serait choquant que, saisie d'une demande d'interprétation de l'article 36, la Cour de Justice fît une lecture exagérément restrictive des textes, aboutissant par exemple à réserver en France la protection aux seuls "trésors", tandis que l'Italie pourrait soustraire à la libre circulation tout élément de son patrimoine. On ferait ainsi produire à des approximations lexicales, des disparités de régime juridique, peu conformes, sinon à la lettre, du moins à l'esprit d'un Traité fondé sur le principe de non discrimination et tout entier ordonné au but d'unification» (158). Il est souhaitable de ne pas avoir une vision restrictive de la notion de trésors, pour permettre aux États de protéger leur patrimoine.

M. Duquesne constate, ensuite, que l'article 36 met l'accent sur la notion de *valeur* des biens pouvant être qualifiés de trésors nationaux, et non simplement d'*intérêt,* «ce qui donne à la notion un caractère objectif, en lui ôtant toute possibilité d'appréciation subjective» (159). Si la notion de valeur est plus précise que celle d'intérêt, on ne peut pour autant affirmer qu'elle exclut toute possibilité d'appréciation subjective. Cet auteur propose une définition des trésors nationaux qui reprend celle de Mlle Lecrenier, les observations que l'on a faites à ce propos s'appliquent également ici.

Pour M. Pescatore, les trésors nationaux ne sont pas «des biens culturels dans leur généralité, mais [des] objets ayant une valeur toute particulière dans la perspective d'une collectivité humaine, par leur unicité et par leur importance, comme manifestation du génie artistique ou comme témoin du passé historique. Il ne s'agit donc pas de préserver la plus ou moins grande richesse d'un patrimoine artistique, mais bien d'en sauvegarder les éléments essentiels et fondamentaux» (160).

Préciser le contenu de la notion de trésors *nationaux* n'est pas chose aisée. On ne résout pas la question en indiquant que les objets visés par l'article 36 doivent être d'importance *nationale,* ni qu'ils doivent être des éléments essentiels et fondamentaux, même si ces considérations constituent des «pistes» intéressantes pour l'approche de cette notion. La jurisprudence communautaire ne s'est pas prononcée sur ce point. La question s'est posée en France à l'occasion de contentieux relatifs à l'application de la loi du 23 juin 1941 qui soumet à autorisation l'exportation des objets présentant un intérêt *national* d'histoire ou d'art. On citera les conclusions du commissaire du gouvernement Kahn, dans l'affaire Heli de Talleyrand-Périgord : «[...] ce qui fait l'intérêt national d'un ouvrage d'une entreprise, c'est bien plus que la nationalité de son auteur, l'intérêt que lui porte ou qu'est supposée lui porter la nation. Les deux choses, certes, sont parfois liées, du moins jusqu'à un certain point, mais elles ne le sont pas d'une manière assez étroite, assez rigide, pour que

(156) Le traité de Maastricht semble indiquer qu'on aille davantage vers une exclusion de l'intervention de la Communauté dans le domaine culturel.(cf. supra)
(157) *La libre circulation des œuvres d'art,* Sénat, Délégations pour les Communautés européennes Conclusions adoptées à l'unanimité par la délégation du Sénat pour les Communautés européennes dans sa séance du 24 mai 1989, n° 207/89, p. 8.
(158) *La libre circulation des œuvres d'art, ibid.*
(159) Duquesne (J), *op. cit.*
(160) Pescatore (P), «Le commerce de l'art et le marché commun», *RTD eur.,* 1985, p. 456.

l'origine de l'œuvre d'art soit davantage qu'un *simple élément de fait* dans l'appréciation de l'intérêt qu'elle présente pour le public ou pour la nation» (161). On ne pourra que souscrire à cette vision des choses, et estimer qu'elle doit prévaloir dans le cadre de l'explicitation de la notion de trésor national. Le commissaire du gouvernement Van Ruymbeke, dans ses conclusions (162) sous l'affaire Genty (163) du 7 octobre 1987 reprend d'ailleurs cette conception.

L'article 2 du règlement indique que l'autorisation d'exportation est délivrée soit par l'État sur le territoire duquel le bien culturel se trouve au 1er janvier 1993, soit ultérieurement sur le territoire duquel il se trouve après exportation licite. Ne peut-on pas interpréter cela comme signifiant que l'intérêt culturel national d'un bien est fonction non de la nationalité de son auteur, mais des liens qu'il entretient avec sa nation «d'accueil» ?

Dans le cadre de l'application de l'article 36, le droit communautaire impose une certaine démarche dans la définition des trésors nationaux, mais impose également que les mesures de contrôle des mouvements de biens culturels soient d'un certain type. Les modalités de ces contrôles doivent être compatibles avec les exigences du droit communautaire. Pour M. Mattera : «en cas de refus d'autorisation à l'exportation d'une œuvre d'art, l'État devrait motiver sa décision et prévoir, si celle-ci n'existent pas, des possibilités de recours pour le demandeur. En outre les autorisations devraient être délivrées dans des délais raisonnables, et l'État devrait émettre un avis certifié sur la possibilité d'exporter une œuvre d'art, afin de permettre aux professionnels de signaler à leurs clients le caractère exportable ou non d'une œuvre d'art» (164).

En plus des conditions indiquées par M. Mattera, Mlle Lecrenier estime que faute de respect par l'État du délai raisonnable, «l'autorisation devrait être considérée comme accordée» (165).

Les énonciations de ces auteurs nous semblent compatibles avec les exigences de la protection des biens culturels. On sera plus réservé en ce qui concerne l'intervention d'une décision implicite d'acceptation, en cas de silence de l'administration sur la demande d'autorisation. Mlle Lecrenier indique que l'administration doit disposer d'un délai raisonnable. Si la durée de ce délai permet véritablement à l'administration d'exercer son contrôle, on ne pourra qu'en approuver la présence. Il est en effet normal que l'administration supporte les conséquences de sa négligence.

En raison des difficultés d'une définition commune des trésors nationaux, il apparaît que les États doivent conserver un large pouvoir d'appréciation en ce domaine. La notion de trésor national ne doit pas être conçue de façon restrictive, afin de permettre aux États de protéger de façon satisfaisante leur patrimoine. Les organes communautaire ne sont pas les meilleurs lieux de détermination de l'intérêt d'un bien culturel pour le patrimoine d'un État sur lequel il se trouve. Le traité CEE participe d'une vision essentiellement économique, il ne constitue pas un ensemble de normes de référence satisfaisantes pour l'approche de problèmes par essence extra-économique. Si le traité est applicable en ce qui concerne les biens culturels, ce sera uniquement dans le cadre de son article 36. Ce dernier prévoit justement une dérogation au principe de libre circulation et affirme la compétence nationale pour la

(161) C.E, Ass, 12 décembre 1969, Sieur de Talleyrand-Périgord, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 574 ; *AJDA* 1970, II, p. 34, conclusions Kahn ; *JCP* ed G, 1972, II, 17105, note Mesnard (A-H).
(162) Non publiées.
(163) C.E, 7 octobre 1987, Ministre de la culture c/ consorts Genty, *D*, 1988, II, p. 269 ; *AJDA*, 1987, p. 768, note p. 720 ; *Petites Affiches* n° 151, 18 décembre 1987, p. 4, note Moderne (F).
(164) Mattera (A), Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, *op. cit.*, p. 594.
(165) Lecrenier (S), «Libre circulation des objets d'art dans la communauté économique européenne», *op. cit*, p. 158.

prise des mesures de protection. Ainsi l'ensemble des règles qui fondent le traité de 1957 ne trouve pas application en l'espèce.

La méthode de raisonnement de M. Pescatore ne nous semble pas devoir être prise en considération en matière culturelle. Pour cet auteur : «le refus du permis d'exporter a pour conséquence de limiter le marché de ce bien au territoire national de l'État intéressé, et, par voie de conséquence, de restreindre de manière sensible le cercle des acheteurs possibles. La conséquence en sera un abaissement plus ou moins sensible du prix du bien en question et, dans certains cas, l'obligation d'accepter le paiement du prix dans une monnaie non convertible. Si le patrimoine artistique de l'État en cause a l'intention d'acquérir le bien pour lui-même, et ceci à plus forte raison lorsqu'il jouit, en vertu de sa législation, d'un droit de préemption, il n'est pas exclu que l'interdiction d'exporter l'œuvre d'art fasse partie d'une manœuvre combinée, destinée à permettre à l'État d'acquérir le bien en question à des conditions plus favorables que le seraient celles d'un marché internationalement ouvert» (166).

Il est certain que toute action de l'État visant à restreindre les mouvements de biens aura une incidence économique, mais elle nous apparaît comme négligeable et doit être supportée par le propriétaire de l'œuvre, au nom de l'intérêt général, ici de nature culturelle, que l'on veut protéger. Mais il faut toujours réserver, et sanctionner, l'hypothèse du détournement de pouvoir par l'État, à savoir l'utilisation de ses prérogatives dans un but financier et non culturel. La Communauté sortirait du champ de ses compétences en portant une appréciation de nature culturelle. Les États sous réserve d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, au sens du droit administratif français, doivent pouvoir être maître de leurs choix en ce domaine. Les incidences économiques de ces choix ne peuvent être contrôlées, car sauf erreur manifeste, elles sont justifiées par la défense d'un intérêt culturel qui est supérieur à l'intérêt économique.

La solution que nous préconisons peut apparaître comme négatrice du droit des citoyens subissant l'exercice d'une prérogative de puissance publique à pouvoir bénéficier d'un recours juridictionnel. En réalité, tout justiciable pourra voir sa cause entendue par un juge.

En effet deux types de contrôles coexisteront :

— Un contrôle de l'action des États effectué par les organes communautaires (Commission, CJCE). En vertu de l'article 36, il appartient aux États de déterminer les modalités, ainsi que le champ d'application du contrôle des exportations de trésors nationaux. Pour cela, ils pourront utiliser la technique de la «définition générique» complétée par celle la mise en place d'une liste de biens culturels (167).

Les organes communautaires effectueront alors un contrôle général de conformité au traité (et donc à l'article 36) de ce dispositif. Seront examinés aussi bien la définition des trésors nationaux et le contenu éventuel des listes les énonçant, ainsi que la teneur des mesures de contrôle des mouvements de biens.

Le contrôle s'effectuera *in abstracto* et il sera minimum. Sa nature découle des dispositions même de l'article 36 : en mettant en place une dérogation au principe de la libre circulation, elles réservent cependant les hypothèses de «discrimination arbitraires» ou de «restrictions déguisées». L'article 36 vise à empêcher par ce moyen que les États s'abritent derrière de prétendus mobiles culturels pour porter atteinte aux principes fondamentaux du traité, commettant ainsi une action se rapprochant du détournement de pouvoir. Une telle appréciation peut s'avérer délicate. Aussi, il appartiendra aux organes communautaires de ne sanctionner l'intervention

(166) Pescatore (P), «Le commerce de l'art et le marché commun», *op. cit.*
(167) Sur ce point, cf. Poli (J-F), *La protection des biens culturels meubles*, Thèse de doctorat, Aix-en-Provence, octobre 1992.

des États que s'il apparaît que les finalités culturelles des mesures sont très marginales par rapport aux motivations économiques cachées.

— Un contrôle de l'action de l'administration des États, dans le cadre de l'application —aux particuliers— des mesures restrictives des mouvements de biens.

Les particuliers pourront alors contester *l'application* qui leur est faite des mesures nationales de protection des biens culturels, devant les tribunaux nationaux. Il s'agira alors d'un contrôle *in concreto*, mais qui ne portera pas sur *l'applicabilité* de la norme. Les tribunaux nationaux pratiqueront alors un contrôle *normal*, et les droits des citoyens seront parfaitement protégés.

CONCLUSION

Depuis le 1er janvier 1993, les États de la Communauté ne peuvent plus exercer de contrôles aux frontières intra-communautaire. Ils pourront toujours prévoir des procédures d'autorisation pour la sortie des biens culturels, mais cela ne pourra se faire que dans le cadre des dispositions de l'article 36, et sous ses limites. Sauf à considérer que l'ensemble des intervenant sur le marché de l'art va faire preuve d'un grand civisme, on peut estimer que la suppression des contrôles permettra à un certain nombre d'objet de sortir du territoire national sans avoir respecté les modalités du contrôle.

Pour pallier ce risque, la directive «restitution» prévoit que les biens illicitement sortis de leur pays d'origine devront être restitués. On a pu indiquer lors de l'étude de cet instrument les dangers qu'il faisait courir à la protection des biens culturels.

Aux frontières extérieures, un contrôle est prévu sur la base du règlement relatif à l'exportation des biens culturels. Les biens culturels figurant sur la liste des «catégories communes» devront être munis d'un certificat autorisant l'exportation, et émanant de leur État d'origine. Peu importe ici qu'un bien dont l'exportation est sollicité fasse ou on partie des trésors nationaux d'un État, pour que le certificat d'exportation soit exigé il faut que le bien appartienne à l'une des «catégories communes».

On peut contester en premier lieu, le fait que la directive interdise toute mise en place de contrôles aux frontières intérieures, pour les exportations de biens culturels. Certes le juge communautaire a pu préciser que l'intervention d'une directive peut constituer une des «conditions rendant injustifié le recours des États membres aux exceptions permises par l'article 36 du traité» (168). Mais nous estimons qu'une telle décision fait une application erronée de l'article 36. Elle méconnaît le traité qui, précisément, a voulu dans ces domaines laisser aux États une grande liberté d'action.

Les instruments communautaires étudiés laissent aux États le soin de définir les modalités du régime des contrôles ne se traduisant pas par une action aux frontières. On peut cependant s'interroger sur la liberté qui sera en pratique accordée quand on connaît la conception très extensive de la Cour de justice quant à l'appréciation de l'atteinte éventuelle portée au principe de libre circulation par des mesures étatiques.

En second lieu, en laissant la possibilité à chaque État de définir ses trésors nationaux (dans les limites posées par l'article 36 du traité CEE), mais en donnant à cette notion une place limitée, les instruments communautaire encadrent très strictement toutes velléités d'originalité. L'article 36 n'est pas opérant pour l'application

(168) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 8 novembre 1979, Firma Denkavit, aff. 251/78, *Rec. CJCE*, p. 3395, d'après J.-Cl. Europe, fasc 520, p. 13.

des contrôles à l'exportation pratiqués aux frontières extra-communautaire. Pour la restitution, seuls les biens appartenant à la fois aux catégories communes et à la catégorie des trésors nationaux peuvent être restitués. Une telle disposition conduit les États qui veulent assure la plus grande efficacité à la restitution, à s'aligner *de facto* sur les énonciation des «catégories communes». La marge de liberté qui peut être présente quant à la définition des trésors nationaux s'en trouve amoindrie. Il est donc d'autant plus important que, même dans ce cadre étroit, les États soient maîtres de la définition de leurs trésors nationaux. Les institutions de la Communauté se saisissent du fait que les actions des États dans le domaine culturel peuvent avoir une incidence économique pour priver de leurs compétences les États membres. Dans le domaine de la protection des biens culturels, l'économique doit être subordonné au culturel, et non l'inverse. Les biens culturels sont spécifiques et entretiennent avec l'homme des rapports touchant à l'essence même de l'humain ; faire prévaloir des considérations économiques conduit alors à nier la place et le rang de l'homme dans une société. Ce qui n'est pas admissible.

Un espoir réside cependant dans l'affirmation de la directive selon laquelle cet instrument est «un premier pas vers une coopération entre États membres dans ce domaine et dans le cadre du marché intérieur, [et] que l'objectif est la reconnaissance mutuelle des législations nationales en la matière» (169).

En l'absence de jurisprudence quant à l'application de l'article 36 aux biens culturels, il faudra attendre que celle-ci intervienne afin de mesurer pleinement la portée de ces instruments.

L'ensemble formée par ces propositions de règlement et de directives nous semble très peu adapté à la défense des intérêt culturels et à la protection des biens culturels. Les institutions communautaires ont de grandes difficultés à appréhender une logique culturelle dans toute sa spécificité. L'ouverture des frontières fait craindre, dans ces conditions une augmentation des trafics illicites.

Il serait souhaitable qu'en matière de biens culturels, une certaine forme de contrôle aux frontières demeure. En outre, les instruments communautaires devraient supprimer la liste formée par les catégories communes. Il est préférable de considérer que tout bien défini —sous contrôle des institutions communautaires— comme trésor national par son État d'origine, doit être obligatoirement restitué en cas de sortie illicite. De même tous les biens qui sont des trésors nationaux, doivent être munis d'un certificat autorisant l'exportation extra-communautaire comme intra-communautaire.

La mise en place des catégories communes ne peut se justifier, même sous couvert d'harmonisation, au regard des intérêts culturels en présence. Le traité CEE prévoit seulement la possibilité pour chaque État de soustraire au principe de libre circulation ses trésors nationaux, il n'est nulle part question de définition de catégories communes. Les exigences du traité de Rome peuvent être respectées, tout en assurant la protection efficace des biens culturels, on ne voit pas pourquoi complexifier à souhait et mettre en place des procédures mettant en péril l'intégrité du patrimoine culturel national des États.

Le système que nous proposons est conforme à l'esprit du traité, il est en outre d'un maniement plus léger que celui de la Commission. Il permet d'éviter la confrontation entre la liste fournie par les catégories communes avec celle des trésors nationaux de chaque État, toutes les contestations relatives à cette opération disparaissant également. Les États contrôlent ainsi les mouvements de biens culturels, et peuvent efficacement protéger leur patrimoine. Le seul point qui puisse créer une difficulté résulte du maintien d'un contrôle aux frontières intra-communautaires pour

(169) Directive 93/7/CEE du Conseil, exposé des motifs, *op. cit.*

les biens culturels. La mise en place, comme c'est déjà le cas, de bureaux frontaliers spécialisés dans ce type d'opération réduit les effets de la mesure sur la libre circulation des marchandises, puisque les autres biens peuvent circuler librement. L'article 36 du traité ne s'oppose pas aux mesures restreignant la libre circulation justifiées par la protection des trésors nationaux, ce qui est le cas en l'espèce.

L'avenir nous dira quelles seront les orientations qui prévaudront, et dans toutes les hypothèses, les effets de l'ouverture des frontières sur la protection des biens culturels. Il serait néanmoins préjudiciable à l'idée européenne que l'intégration se fît au détriment des biens culturels.

LA COOPÉRATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME

Par

Claude GUEYDAN
Assistant à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, Directeur-Adjoint de l'Institut International du Droit de l'Audiovisuel de la même Université

La coopération européenne pour lutter contre le terrorisme est souvent évoquée depuis deux décennies comme une nécessité importante du fait de l'accélération des échanges internationaux. Il faut cependant constater que les domaines juridiques envisagés par cette coopération concernent le cœur, le centre sensible des pouvoirs dits *"de souveraineté"* dans nos États. La collaboration interétatique engagée contre le terrorisme ne peut être dissociée facilement de la coopération globale en matière pénale ; le terroriste, souvent peu regardant sur les moyens utilisés pour atteindre les buts visés, utilisera en effet toutes les failles existantes dans l'organisation judiciaire et policière des États. Sur ces questions les oppositions sont très vives et les sensibilités difficiles à transcender. Il en résulte des difficultés supplémentaires qui ne seront pas aplanies à court terme.

Et pourtant le continent européen est devenu une zone d'intense circulation pour les personnes et les marchandises. La perspective de la création du grand marché intérieur et de l'Union européenne, le développement et la modernisation des moyens de transport, l'augmentation constante des flux commerciaux pose des problèmes de sécurité conséquents. L'Europe est en effet une zone sensible, fragile, ou le terrorisme peut provoquer des dégâts humains et économiques considérables. C'est une région riche, avec des sites industriels difficiles à protéger totalement. L'urbanisation dense facilite les mouvements de populations clandestines et le morcellement du territoire des États ne permet pas de poursuivre avec toute l'efficacité requise les groupes de criminels organisés et de terroristes.

L'Europe est aussi traditionnellement une zone d'accueil, de refuge et d'asile pour les êtres humains persécutés dans leurs pays d'origine. La prospérité économique relative attire des catégories croissantes de populations. Aux flux traditionnels en provenance du sud et de l'Afrique, la libéralisation à l'Est a ajouté de nouveaux courants. Les groupes terroristes profitent de cette immigration pour éventuellement infiltrer certains de leurs membres ; et l'on a vu, en France et en

Grande-Bretagne notamment, que le personnel diplomatique et consulaire en poste dans nos pays pouvait, dans certains cas, être impliqué dans l'aide au terrorisme.

L'Europe est le théâtre privilégié du terrorisme international puisque pendant les années 1983-1986 presque 40 % des quelques 3000 attentats terroristes perpétrés se sont déroulés sur son sol (1).

L'organisation internationale de la lutte contre le terrorisme est rendue encore plus difficile du fait de la diversification des formes de subversion. Il existe en effet plusieurs formes de terrorisme (2).

La première forme de terrorisme prend naissance dans des problèmes internes de l'État et vise, soit à le déstabiliser, à contester les structures démocratiques de base (3) (Fractions Armées Rouges en R.F.A., Action directe en France, Brigades rouges en Italie) soit à obtenir que l'État abandonne certains de ses pouvoirs souverains sur une partie de son territoire (F.L.N.C. en France, I.R.A. au Royaume-Uni, E.T.A. militaire en Espagne).

Un deuxième type de terrorisme, plus international, vise à intimider l'État, à le contraindre à prendre ou ne pas prendre certaines décisions. Ce type d'action a été conduit en Europe durant ces dernières années par des groupes plus ou moins liés aux différents conflits du Moyen-Orient et par des trafiquants de drogue liés à la Mafia (4).

Enfin un troisième type de terrorisme transnational, pratiqué par des ressortissants étrangers extrémistes bénéficiant d'un droit d'asile ou de séjour, consiste à régler par la violence, dans le pays d'accueil européen, les problèmes politiques qu'ils ont importés avec des adversaires ou des groupes concurrents.

De même qu'il n'existe pas de définition juridique totalement satisfaisante de la notion de terrorisme, il est illusoire de vouloir cloisonner de façon totale les divers types de terrorisme et la typologie en la matière est délicate à établir (5). Chaque groupe terroriste peut avoir intérêt à en aider un autre et l'allégement des contrôles aux frontières internes de la Communauté Européenne facilite les actions croisées, les livraisons de matériel et le repli des équipes opérationnelles dans un autre État. La découverte à Bidart, dans le département des Pyrénées-Atlantiques d'une fabrique d'armes de l'E.T.A. n'en est qu'un exemple récent (6).

Pour lutter contre le terrorisme les États ont mis en place au plan interne une organisation souvent complexe ; elle relève de plusieurs Ministères et de services différents qui nécessitent une coordination difficile à mettre en œuvre du fait du partage des tâches et quelquefois de la compétition entre ces services. En France par exemple les tâches sont réparties entre le Ministère de l'intérieur (D.S.T. : Direction de la surveillance du Territoire, D.C.P.J. : Direction centrale de la police judiciaire comprenant notamment la B.R.I. : Brigade de recherches et d'interventions et la S.A.T. : Section Antiterroriste de la Brigade criminelle, D.C.R.G. : Direction centrale des Renseignements généraux, P.A.F. : Police de l'Air et des Frontières) et le Ministère de la Défense (D.G.S.E. ; Direction générale de la Sécurité extérieure,

---

(1) V. en ce sens le rapport de Xavier de Villepin au Sénat sur *"la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme"*. Sénat n° 346, 1er juillet 1987.
(2) Cf. Soulier (G.) *"Lutte contre le terrorisme"* in Delmas-Marty (M.) *"Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme"*. PUF, Les voies du droit, Paris 1989, p. 29 et suivantes.
(3) Cf. Thébaud (J.L.) *"Terrorisme et démocratie"*, Esprit, n° 3-1986, p. 99.
(4) Cf. Rouard (D.) *"Les nouvelles routes de la mafia"* in Le Monde 26, 27, 28, 29 janvier 1993.
(5) Cf. Bouthoul (G.) *"Le terrorisme"* in Revue française de Polémologie, Paris 1973, p. 37. Salmon (J.A.) *"Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme"* in Colloque de Bruxelles. ULB 1974, p. 273. Le Jeune (P.) *"La lutte internationale contre le terrorisme"* in La Documentation Française, Problèmes politiques et sociaux, N° 671, janvier 1992.
(6) Cf. Garicoix (M.) *"Les policiers ont découvert une fabrique d'armes de l'ETA"* in Le Monde, 17 février 1993.

D.P.S.D. : Direction de la protection et de la sécurité de la Défense, G.I.G.N. : Groupe d'intervention de la Gendarmerie Nationale).

La complexité de cette organisation interne n'est pas un signe d'inefficacité (7). La lutte contre le terrorisme demande plusieurs niveaux d'information, de spécialisation et de riposte œuvrant en garantie ou en complément l'un de l'autre. Il en est de même au niveau international où les États ont mis en place dans un premier temps toute une série d'accords de coopération bilatérale ou multilatérale avec les États frontaliers.

Cette forme de coopération internationale correspond à la nécessité de régler des problèmes ponctuels sans trop *"écorcher"* les règles de base de la souveraineté étatique. Parmi les très nombreux accords inter-régionaux conclus on peut citer (8) :

- Les États-membres du Bénélux ont signé une série de Traités pour régler les difficultés nées de la disparition de leurs frontières intérieures. Le Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale est signé le 27 juin 1962, bientôt suivi par le Traité sur l'exécution des décisions judiciaires en matière pénales (26 septembre 1968), la Convention concernant la coopération administrative et judiciaire dans le domaine des réglementations se rapportant à la réalisation des objectifs de l'Union économique du Bénélux (29 avril 1969) et le Traité Bénélux sur la transmission des poursuites (11 mai 1974).
- Les Pays-Bas et la République Fédérale d'Allemagne ont signé le 30 août 1979 un accord concernant l'application du traité européen sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1959.
- La France et la République Fédérale d'Allemagne ont conclu à Sarrebruck le 13 juillet 1984 un accord relatif à la suppression graduelle des contrôles à la frontière franco-allemande (9). Cet accord servira de modèle pour la Convention de Schengen.
- La France et l'Italie ont signé l'accord de Paris du 13 octobre 1986 portant création d'un comité de coopération pour la lutte contre le terrorisme, le trafic de stupéfiants et la criminalité organisée. Cet accord prévoit notamment l'échange d'informations et la nomination de personnels de liaison (Policiers ou Magistrats) (10).
- La France et l'Espagne ont signé l'accord d'Aiguablava (Costa Brava) du 29 mai 1987 relatif à la coopération en matière de police. Celui-ci prévoit l'échange d'informations sur les groupes et les techniques terroristes ainsi qu'une collaboration entre experts des deux pays (11).
- L'arrangement administratif franco-britannique du 19 mai 1989 prévoit également la coopération entre les deux pays dans la lutte contre le terrorisme par la réunion d'experts et l'échange d'informations.
- Le Royaume Uni et la France ont signé à Sangatte le 25 novembre 1991 un protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et à l'assistance mutuelle, concernant la liaison fixe trans-Manche (12).

---

(7) Plenel (E.) *"Police et terrorisme"*, Esprit, n° 11-1986, p. 7.
(8) Cf. Leteur (S.) *"La coopération policière européenne"* in Fascicule de l'École supérieure de la police, Paris, 1991. Joubert (C.) et Bevers (H.) *"La Police et l'Europe"* in Revue de Science criminelle, oct.-déc. 1992, p. 707. Bigo (D.) *"L'Europe des polices et de la sécurité intérieure"* in Espace international, éd. Complexes, 1992. Van Outrive (V.L.) *"La collaboration policière internationale en Europe"* in Déviance et société n° 2, 1991, p. 203 et s.
(9) Décret n° 84-748 in Journal officiel de la république française, 3 août 1984, p. 2565.
(10) *"La France renforce la lutte contre la Mafia avec l'Italie"* in Le Monde, 20 janvier 1993, p. 14.
(11) Rousseau (C.) *"Chronique des faits internationaux"* in Revue Générale de Droit International Public, 1987, pp. 622 et 1329.
(12) Le projet de loi de ratification de ce protocole a été déposé devant le Parlement français le 9 octobre 1992. Assemblée Nationale N° 2939.

La coopération bilatérale entre les services de police sur le terrain a généré toute une série de programmes d'échanges et de visites organisées, des exercices ou des formations en commun voire des patrouilles transfrontalières. Ceci tend à renforcer la compréhension mutuelle des problèmes rencontrés et facilite la communication et la collaboration entre les services de part et d'autre de la frontière (13).

Ces accords quoique nécessaires, se sont révélés inefficaces pour lutter contre les formes modernes de terrorisme. Leur application n'a pas toujours été satisfaisante du fait de l'existence de politiques nationales différentes ; ils comportent d'ailleurs presque tous des clauses de sauvegarde qui permettent de refuser la coopération de façon totale ou partielle lorsqu'une question peut porter atteinte aux intérêts nationaux (14).

Pour essayer de dynamiser la coopération régionale, différents groupes intergouvernementaux informels ou ad hoc ont été créés au hasard de réunions internationales ou à l'occasion de la multiplication d'actions terroristes. Ils permettent avant tout de coordonner les décisions au niveau opérationnel et de faciliter la transmission d'informations sensibles. Leur activité est souvent confidentielle (15).

- La Cross Chanel Intelligence Conférence ou groupe Cross Chanel permet de réunir au moins une fois par an des responsables des services de Police compétents pour les régions côtières de la Mer du Nord et de la Manche. La Grande-Bretagne, la France, la Belgique et la Pays-Bas participent à ces réunions.

- Le Club de Berne mis en place en 1971 rassemble les Chefs des services de sécurité et de renseignements des pays-membres pour des réunions occasionnelles, de conférences techniques ou de concertation lors d'opérations importantes. Ce Club rassemble la Belgique, le Danemark, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Allemagne, la Suisse ainsi que les États-Unis. Il dispose d'un système de communication propre.

- Le Groupe Quantico (du nom de la ville de création aux États-Unis) a été créé à l'initiative du F.B.I. américain en 1979 pour lutter contre le terrorisme Croate. Il a élargi ensuite ses compétences en 1982 au terrorisme Arménien puis en 1985 au terrorisme Chi'ite. Ce groupe réunit des responsables de police en sessions annuelles d'études et d'évaluation. Dans ce cadre, des organismes de police ont été chargés d'étudier les techniques terroristes et d'en informer les pays signataires.

- Le Club de Vienne ou Club des Cinq a été créé en 1979 par une initiative conjointe des Ministres de l'intérieur de deux pays neutres : l'Autriche et la Suisse. Il regroupe également l'Allemagne, la France et l'Italie. Les réunions se déroulent au niveau des Ministres compétents dans le domaine de la lutte antiterroriste et au niveau des hauts-fonctionnaires de ces mêmes services. Ce forum d'échanges de renseignement est intéressant du fait de la présence de l'Autriche considérée comme l'une des plaques tournantes de la circulation des terroristes en Europe.

Pour compléter cet état des lieux en matière d'organisations intergouvernementales, convient également de mentionner l'Organisation Internationale de Police Criminelle (O.I.P.C. - Interpol) qui joue un rôle dans le cadre de la lutte contre le

(13) Joubert (C.) et Bevers (H.), op. cit., p. 711.
(14) Cf. Siegele (G.) *"Le terrorisme"* in La Prévention du crime et le traitement des délinquants. Huitième Congrès des Nations Unies à La Havane. Doc. A/CONF. 144/G/République fédérale d'Allemagne. juillet 1990, p. 34 : "...Le terrorisme moderne qui, de nos jours ignore les frontières entre les États, pour autant qu'elles soient même encore tangibles, ne peut être combattu et endigué efficacement que par la coopération internationale... l'efficacité de la coopération internationale sera conditionnée au plus haut point par la question de savoir si les conventions internationales adoptées contre la violence terroriste seront mises en vigueur effectivement et si les accords conclus pourront être approfondis...".
(15) Cf. Le Jeune (P.) *"La politique européenne de lutte contre le terrorisme"*, thèse de Doctorat de Droit, Lyon 1991. Joubert (C.) et Bevers (H.), op. cit., p. 712.

terrorisme (16). Créée à Vienne en 1923, dans le cadre du premier Congrès internationale, la Commission Internationale de Police Criminelle (C.I.P.C.) (17) donnera naissance en 1956 à Interpol doté enfin d'organes permanents (dont un important Secrétariat Général) et dont le siège est depuis 1984 installé à Lyon (18) (19).

L'O.I.P.C. a une vocation universelle (158 pays en sont membres) mais l'Europe, berceau de sa création occupe une place importante dans ses activités. L'organisation a suscité des Conférences Régionales pour débattre des problèmes spécifiques et la 20ème Conférence Européenne de Londres en 1991 a posé le problème de la coopération à engager entre Interpol et les groupes Trévi et Schengen pour éviter la constitution de fichiers faisant double emploi. Le Comité Technique Européen (C.T.E.) assurant les liaisons régionales est devenu ainsi le Comité européen d'Interpol. Parallèlement, l'idée d'un Bureau européen de l'O.I.P.C. s'est concrétisée par la création en 1985, au sein du Secrétariat général d'Interpol, d'un Secrétariat européen aux attributions élargies ; celles-ci s'étendent aux échanges de renseignements concernant les enquêtes criminelles, au contrôle des enquêtes complexes et à la coordination des mesures prises. Ce secrétariat mis en place depuis 1989 assure également, par une équipe d'officiers de liaison, les contacts entres les Bureaux de Coordination Nationaux (B.C.N.) (20). Il est fort probable que l'installation du système d'information Schengen (S.I.S.) et d'Europol à Strasbourg se fera en collaboration avec Interpol pour des raisons de coût et de contrôle des informations portées dans les fichiers.

Il faut préciser que l'article 3 des statuts d'Interpol dispose : *"toute activité ou intervention dans les questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial est rigoureusement interdit à l'organisation"* .

Traditionnellement son intervention était donc limitée à la criminalité ordinaire. Il est intéressant de noter qu'une nouvelle lecture de cet article permet aujourd'hui à l'O.I.P.C. de s'engager dans la lutte contre le terrorisme (21).

Dans tous ces systèmes de lutte contre le terrorisme que nous avons passé en revue, l'État reste maître de définir chez lui les règles juridiques adéquates pour résoudre les problèmes qu'il rencontre. Devant les limites de l'exercice, le développement de nouvelles formes de terrorisme et quelquefois sous la pression de l'opinion publique, les États ont consenti à engager un effort d'harmonisation des législations par la Conclusion de Conventions européennes multilatérales dans le cadre du Conseil de l'Europe ou de la Communauté européenne.

Les systèmes prévus dans le cadre de la Convention de Schengen ou du Traité de Maastricht sont les éléments annonciateurs d'une réglementation plus autonome par rapport aux droits nationaux.

Dans une Europe sans frontières, l'avènement d'un ordre pénal européen suppose en effet que les terroristes se voient opposer un *"rempart"* réglementaire

(16) Cf. Susini (J.) *"La police face à l'Europe"* in Revue de Science criminelle, Oct-Déc. 1987, p. 945.
(17) Cf. Féraud et Schlanitz *"La coopération policière internationale"* in Revue Internationale de Police Criminelle, Sept. 1975. L'organisation n'est, à cette époque, qu'une association de Chefs de service de police. Le but de la C.I.P.C. est, au sens de l'article premier de son statut : "le perfectionnement de la plus large assistance réciproque entre toutes les autorités de police, selon les lois de divers États".
(18) Cf. Montreuil (J.) *"La coopération policière européenne"* in mélanges Levasseur. Paris. Litec 1992, p. 63 et s.
(19) Sur la nature juridique d'Interpol, le dernier accord de siège avec la France du 3 novembre 1982 consacre le caractère intergouvernemental de l'organisation. V. en ce sens : MASSE (M.) *"L'organisation internationale de police criminelle (OIPC Interpol)"* in Revue de Science criminelle, Avril-Juin 1989, p. 327.
(20) Cf. Montreuil (J.) op. cit. p. 66. Schmidt-Nothen (R.) *"Le Secrétariat européen"* in Revue internationale de police criminelle, n° 417, Mars-Avril 1989 et *"La coopération policière en Europe dans la perspective de l'abolition des contrôles aux frontières"* même Revue, n° 420, Sept-Oct. 1989.
(21) Cf. Masse, Montreuil et Susini, op. cit.

uniforme aux limités externes et ne puissent profiter d'une législation plus permissive pour protéger d'éventuelles bases de repli ; il suppose également que l'État accepte de limiter ses droits aux *"mesures nécessaires dans une société démocratique"* au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (22).

I - LA COOPÉRATION DANS LE CADRE DU CONSEIL DE L'EUROPE

En 1972, le Président de la République française, M. Georges Pompidou prend l'initiative de proposer la création d'un groupe chargé d'organiser et de coordonner la lutte contre la criminalité liée aux stupéfiants. Ce "Groupe Pompidou" réunit à l'origine les ministres et les hauts fonctionnaires de sept États membres du Conseil de l'Europe : l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. D'autres États, comme le Danemark, la Grèce, l'Irlande, la Norvège, la Suède et la Turquie ont rejoint le groupe de travail dans les années 1980. Ayant fait la preuve de son efficacité du fait de la stricte confidentialité de ses réunions et du caractère secret de ses travaux, cet organisme de coopération intergouvernemental est devenu au fil des années l'un des rouages privilégié pour la coopération antiterroriste dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Par ailleurs une série de conventions multilatérales ont été élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe et proposées à la signature et à la ratification des vingt-sept États-membres et parfois d'États tiers. Toutes ces conventions portent, au sens général sur le droit pénal ; une seule est spécifique au terrorisme.

A - LES CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE DANS LE DOMAINE DU DROIT PÉNAL

Cet ensemble de conventions est préparé par les comités d'experts de l'organisation à la demande d'États membres ou de groupes d'Études. Elles constituent un arsenal juridique susceptible d'améliorer la lutte contre le terrorisme (23). Parmi ces conventions l'on peut mentionner :

- La Convention européenne d'extradition signée à Paris le 13 décembre 1957 (24) qui est à l'heure actuelle ratifiée par vingt-et-un États-membres et Israël. Les États n'ayant pas ratifié sont presque tous des membres récents de l'organisation (Bulgarie, Hongrie, Malte, Pologne, Saint-Marin) et la Belgique. Cette Convention constitue un progrès de la coopération européenne puisqu'au terme de son article 28, elle abroge tous les traités ou accords bilatéraux régissant la matière auparavant et qu'elle interdit de nouvelles conventions qui lui seraient contraires (25). Ce texte de base a été complété par deux protocoles additionnels signés en 1975 et 1978 (26).

- La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signée à Strasbourg le 20 juin 1959 (27) a été ratifiée par dix-sept États membres et Israël ; elle porte sur une matière connexe à celle de l'extradition et facilite notamment l'exécution des commissions rogatoires, la remise des actes de procédure, des sentences et des actes visant l'exécution d'une peine, la citation à comparaître de témoins libres ou de détenus et la communication d'extraits du casier judiciaire ; les

(22) Cf. Soulier (G.) op. cit. p. 32.
(23) V. Annexe : Chart of signatures and ratifications of european treaties.
(24) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 24.
(25) Sur l'application de cette Convention l'on se reportera à l'étude de Labayle (H.) dans ce même ouvrage.
(26) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 86 et 98.
(27) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 30.

refus d'entraide doivent être motivés. Celle Convention a été complétée par un Protocole additionnel signé le 17 mars 1978 (28).

- La Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs signée à La Haye le 28 mai 1970 (29) constate que la criminalité a des effets qui se manifestent de plus en plus au-delà des frontières d'un même pays et qu'il convient donc d'employer des moyens de lutte efficaces au plan international. Cet accord n'a cependant été ratifié que par sept États membres, ce qui ne lui donne malheureusement pas une grande assise géographique ; il prévoit qu'un État contractant a compétence pour procéder à l'exécution d'une sanction prononcée dans l'un des autres États contractants. Cette compétence est soumise à plusieurs limitations ; il faut notamment qu'une demande d'exécution soit présentée par un État et que l'auteur de l'infraction soit punissable en vertu de la loi de l'État d'exécution. La Convention est applicable également en cas de jugement par défaut, d'ordonnance pénale et de condamnation au paiement d'amendes. la détention éventuelle des personnes poursuivies est soumise au régime juridique de l'État d'exécution.

- La Convention européenne sur la transmission des procédures répressives signée à Strasbourg le 15 mai 1972 n'a été ratifiée que par huit États membres (30). Elle permet d'éviter les conflits de compétence dans l'organisation des poursuites pénales puisqu'un État peut poursuivre selon sa propre loi pénale toute infraction à laquelle est applicable la loi pénale d'un autre État contractant. La Convention permet également d'engager une poursuite unique contre l'auteur d'une infraction dans l'intérêt de la découverte de la vérité ou de l'application d'une sanction appropriée.

- La Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers signée à Strasbourg le 28 juin 1978 (31) est ratifiée par neuf États ; elle dispose que les transactions transfrontières portant sur des armes à feu et les munitions correspondantes doivent être notifiées aux autorités étatiques concernées. Ces informations peuvent être transmises par l'intermédiaire de l'Organisation Internationale de Police criminelle (Interpol). Les États contractants s'engagent également à soumettre la possession et le transfert d'armes à feu à un régime d'autorisation administrative.

- La Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes signée à Strasbourg le 24 octobre 1983 (32) et ratifiée par neuf États membres dont la France et le Royaume-Uni ; elle pose le principe du droit au dédommagement pour les personnes victimes d'infractions intentionnelles de violence ayant subi des atteintes au corps ou à la santé. Cette réparation est accordée par l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise et devra couvrir la perte de revenus, les frais médicaux, d'hospitalisation et funéraires.

- La Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (33) signée à Strasbourg le 8 novembre 1990 par dix-neuf États membres et l'Australie n'est pas encore en vigueur, mais elle a déjà été ratifiée par la Grande Bretagne et les procédures de ratification sont engagées dans de nombreux autres États. Ce texte permet la lutte contre le "narco-terrorisme" et vise à instaurer un système de coopération internationale qui prive le délinquant des produits de ses crimes. Les États ont l'obligation de s'entraider pour identifier,

(28) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 99.
(29) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 70.
(30) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 73.
(31) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 101.
(32) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 116.
(33) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 141.

rechercher et confisquer les instruments, produits et biens des criminels. Ils peuvent saisir à cette fin les dossiers bancaires, financiers ou commerciaux ; ils doivent répondre aux demandes de renseignement ou de confiscation et prendre les mesures provisoires à la requête d'un autre État partie à la Convention. Interpol peut également être amené à participer à la collaboration internationale ainsi engagée.

Un comité européen pour les problèmes criminels (C.D.P.C.) a été créé dans la cadre du Conseil de l'Europe ; les différentes Conventions renvoient à ce Comité pour effectuer le suivi de l'application et éventuellement faciliter le règlement amiable de toute difficulté d'exécution (34). Composé de personnalités qualifiées des différents États membres, le C.D.P.C. peut aussi résoudre les problèmes d'interprétation rencontrés et formuler au Comité des Ministres des propositions en vue d'amender ou de compléter le dispositif conventionnel en vigueur.

Pour compléter cet ensemble conventionnel, il faut également mentionner la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et le contrôle de son application par la Cour et la Commission européenne des droits de l'homme (35).

Ces traités élaborés de façon ponctuelle, au gré, des opportunités et des souhaits du moment comportent toujours des clauses de limitations sous la forme de refus de coopération opposé par un État. Cet élément de souplesse conventionnelle est nécessaire compte tenu de l'étendue géographique concernée et des disparités entre les systèmes juridiques des États membres (36). Ces restrictions nombreuses permettent aux États parties aux Conventions concernées de se soustraire trop facilement aux contraintes nécessaires en la matière. Les motifs de refus de coopération, pratiquement similaires dans toutes les Conventions, envisagent les cas où la mesure sollicitée est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique étatique, ou risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'État, ou est fondé sur des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques.

Toutes ces Conventions permettent cependant de mieux poursuivre et sanctionner les auteurs éventuels d'infractions de nature terroriste bien que le terrorisme ne soit pas évoqué de façon spécifique ; mais une Convention spéciale existe dans ce domaine.

B - LA CONVENTION EUROPÉENNE POUR LA RÉPRESSION DU TERRORISME

La Convention a été signée à Strasbourg le 27 janvier 1977 (37). Elle a été ratifiée par vingt-deux États du conseil de l'Europe dont les douze pays membres de la Communauté européenne. Ce texte a été élaboré pour répondre à l'extension des menaces terroristes en Europe au milieu des années 70. Il intègre dans un seul instrument juridique, plusieurs domaines de coopération qui étaient jusqu'alors couverts par des accords différents et peu appliqués.

Le premier domaine de coopération concerne l'extradition. Les articles 1 et 2 de la Convention énumèrent les infractions qui ne seront plus considérées par les

(34) V. par exemple l'art. 10 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, l'art. 65 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs ou l'art. 17 de la Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers.
(35) Sur l'application de cette Convention l'on se reportera à l'étude de Jean (P.) dans ce même ouvrage.
(36) V. Decocq (A.) "Les Conventions européennes sur le terrorisme". Notes et Études de l'Institut de Criminologie. Paris n° 14, juillet 1990, p. 35.
(37) Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 90.

États parties comme des "infractions politiques" ; figurent notamment dans la liste : la capture illicite d'aéronefs, les infractions graves constituées par une attaque contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes, les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire et les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques et lettres ou colis piégés présentant un danger pour les personnes.

Lors de l'évaluation du caractère de l'infraction, l'État requis s'engage à prendre en compte le fait que l'infraction a créé un danger collectif pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes, qu'elle a atteint des individus étrangers aux mobiles qui l'ont inspiré ou que des moyens cruels et perfides ont été utilisés pour sa réalisation. L'intérêt principal de cette Convention réside dans la précision des critères ainsi énumérés pour déterminer les infractions constituant un acte de terrorisme. Pour toutes ces infractions, les auteurs et leurs complices devraient être extradés plus facilement entre les États parties ; de plus les dispositions contraires des traités antérieurs en la matière sont modifiés par ce nouveau texte.

Les autres domaines de coopération concernent l'entraide judiciaire la plus large possible en matière pénale pour les procédures relatives aux infractions définies dans les articles 1 et 2 de la Convention. Les États contractants qui ne souhaitent pas extrader l'auteur d'une infraction ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence et engager une action pénale selon les procédures nationales en vigueur (38).

Enfin, faute d'un règlement amiable sous l'égide du Comité européen pour les problèmes criminels, une procédure d'arbitrage obligatoire est prévue dans l'article 10 de la Convention pour résoudre les différends entre États parties et concernant l'interprétation ou l'application de la Convention (39).

La positivité du système ainsi instauré a fait l'objet de critiques car dix États ont émis une réserve basée sur l'article 13 lors de la ratification de la Convention. Il en est ainsi de la République française qui se réserve le droit de refuser l'extradition en ce qui concerne toute infraction qu'elle considère comme politique ou inspirée par des mobiles politiques. De plus le Gouvernement français a assorti sa ratification d'une Déclaration qui précise que *"l'application de la Convention... ne saurait avoir pour résultat de porter atteinte au droit d'asile"* et doit être conciliée avec le respect des principes fondamentaux de notre droit pénal et de notre Constitution (40). Cette réserve a été critiquée. Lors du débat de ratification au Parlement français, M. Foyer déclarait : *"Le recours à la réserve est d'une extrême gravité, indépendamment de tout raisonnement juridique, on ne verrait guère politiquement la raison de ratifier une Convention qui n'engagerait à rien"* (41). Il est en effet incontestable que, par le jeu des réserves et des déclarations unilatérales *"de vastes parties du système de protection se trouvent exclus"* (42).

La ratification de la Convention par la France dix ans après sa signature et peu après la vague d'attentats terroristes meurtriers de septembre 1986 à Paris a été considérée plus comme un geste psychologique ou politique à destination de l'opinion publique que comme une réelle volonté de se voir lié par un engagement

(38) La règle *"aut dedere, aut judicare"* figure dans plusieurs autres conventions internationales et notamment la convention de Montréal de 1971 sur la sécurité de l'aviation civile.
(39) Pour une analyse détaillée de la Convention, v. Vallée (C.) *"La Convention européenne pour la répression du terrorisme"* in A.F.D.I. 1976, p. 756.
(40) Décret n° 87-1024 du 21 décembre 1987 portant publication de la Convention européenne pour la répression du terrorisme. J.O.R.F. 22 décembre 1987, p. 14954.
(41) Cf. Charpentier (J.) *"Vers un espace judiciaire européen"* in A.F.D.I. 1978, p. 927.
(42) Cf. Frowein (J.A.) *"Réservations to European Convention on Human Rights"* in Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda, 1988, p. 193.

international contraignant et solennel. Certains auteurs jugent que l'accord est marqué du sceau de l'ambiguïté : "la Convention participe d'un mouvement général d'auto persuasion des sociétés européennes, prétendant habiller d'un paravent juridique leurs craintes et leur impuissance face à la violence terroriste" (43).

Pour d'autres, la ratification est le fruit d'une évolution de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard des terroristes : aux termes de ce cheminement on admet implicitement que "la nature politique de l'infraction ne peut plus être retenue lorsque les actes criminels commis sont tellement graves que la fin politique alléguée ne peut justifier la mise en œuvre de tels moyens jugés inacceptables" (44).

Le bilan du système conventionnel ainsi mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe doit être nuancé ; à ceux qui *"se posent la question de l'utilité de ces Conventions multilatérales souvent annoncées à grand fracas et dont le contenu donne la sensation du vide"* (45), il faut faire remarquer que le système a le mérite d'exister et que la lutte contre le terrorisme international dans le monde d'aujourd'hui requiert des méthodes modernes et efficaces et l'instauration d'une politique pénale commune.

Ce système conventionnel n'est aussi en réalité que le résultat limité d'un programme beaucoup plus ambitieux d'Espace judiciaire européen conçu au départ dans le cadre de la Communauté Économique Européenne (46).

II - LA COOPÉRATION DANS LE CADRE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Les compétences de la Communauté ne s'étendent pas au champ du droit pénal. Le cadre du Conseil de l'Europe et les accords bilatéraux étaient donc traditionnellement utilisés pour développer une coopération dans ce domaine. Les choses vont évoluer à partir de 1970 avec l'instauration de la coopération politique qui débouchera en 1974 sur l'institutionnalisation du Conseil Européen. De nombreuses initiatives vont se développer dans ce nouveau cadre.

A - LA COOPÉRATION POLITIQUE ET INTERGOUVERNEMENTALE DANS LE DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

Les communautés européennes ont commencé à se préoccuper de la lutte contre le terrorisme quelques années après l'entrée du Royaume-Uni dans le Marché Commun. C'est en effet le Gouvernement britannique qui, soumis à la pression du terrorisme de l'IRA en Irlande du Nord, propose une Résolution concernant l'étude des problèmes liés au maintien de l'ordre public lors du Conseil Européen de Rome le 2 décembre 1975. Cette initiative sera acceptée et aboutira à un premier programme de coopération contre la criminalité internationale organisée et le terrorisme, adopté par les Ministres de l'Intérieur des Neufs lors de leur réunion à Luxembourg en juin 1976 ; mais c'est surtout lors de la réunion de Londres le 1er juin 1977 que les Ministres décideront d'adopter un ensemble de mesures pratiques pour l'échange d'informations sur les activités des terroristes, les techniques à adopter pour faire face aux actes de terrorisme grave, la lutte contre les trafics

(43) Cf. Labayle (H.) et Koering-Joulin (R.) in La Semaine Juridique, n° 33-37, septembre 1988, I - 3349.
(44) Cf. Gouttes (R. de) *"De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen"* in Mélanges Levasseur, op. cit., p. 9.
(45) V. le rapport de Jacques Foyer à l'Assemblée nationale sur la ratification de la Convention Européenne pour la répression du terrorisme. Assemblée Nationale n° 784 du 21 mai 1987.
(46) Cf. Charpentier (J.) op. cit.

d'armes, les échanges de personnels de police et la protection de la sécurité de l'aviation civile (47).

Le développement spectaculaire des opérations terroristes en Europe avec notamment l'enlèvement du président du patronat allemand M. Schleyer et le détournement d'un avion Bœing de la Lufthansa fait prendre conscience de la nécessité d'une plus grande collaboration, voire de l'élaboration d'un minimum de règles communes. Lors de la signature des deux Conventions européennes d'extradition et de répression du terrorisme, le Gouvernement français avait opposé un refus politique à la coopération ainsi engagée du fait de la trop grande disparité et de l'absence de cohésion réelle entre les dix-neuf pays membres de l'époque. C'est donc dans le cadre plus restreint de la Communauté Économique Européenne que le Président français Valéry Giscard d'Estaing lance l'idée d'un "espace judiciaire européen" lors du Conseil Européen de Bruxelles en décembre 1977 (48). Ce projet s'inscrit aussi dans la dynamique de l'Union Européenne et vise en fait à relancer un processus d'intégration bloqué depuis la mise à l'écart du rapport Tindemans quelques mois auparavant (49) ; le Président déclare : *"Je propose que nous franchissions un nouveau pas dans l'organisation de l'Union de l'Europe... Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique. Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite point à cela...*

La construction de l'Union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire. Je suggère donc que, par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie des garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, quels qu'en soient les mobiles, les Neuf mettent en place le premier élément d'un espace judiciaire unique".

Le projet présenté à cette occasion énumérait cinq domaines de coopération en matière pénale : l'élaboration d'une Convention d'extradition, l'amélioration de l'entraide pénale, l'instauration d'une procédure de transmission européenne des poursuites pénales, la reconnaissance de la valeur internationale des jugements répressifs et l'établissement de la procédure de transfèrement des détenus (50). Ces propositions ne sont pas très novatrices puisque, sur nombre de ces points, existait déjà un instrument juridique sous la forme d'une Convention du Conseil de l'Europe. L'élaboration et l'application dans le cadre de la Communauté va être tout aussi difficile ; la question de la création d'un espace judiciaire européen touche en effet le point central des sensibilités nationales.

Le Conseil européen d'avril 1978 décide *"d'intensifier la coopération des Neuf pour défendre nos sociétés contre la violence terroriste"* et charge les Ministres de la justice de faire des propositions concrètes.

Un groupe de hauts fonctionnaires des différents Ministères de la Justice fonctionnait déjà depuis juillet 1976 pour élaborer des projets de Convention sur la lutte contre la grande criminalité. L'assassinat du Président Aldo Moro par les brigades rouges en mai 1978 va favoriser l'intensification des travaux des experts tandis que les Neuf multiplient les Déclarations sur le terrorisme (51). La vertu

(47) V. Bulletin CE 6-1977, point 2. 3. 31.
(48) V. Grabit (E) "Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen". Thèse, P.U. Bordeaux, 1988.
(49) V. Supplément 1/76 au Bulletin CE.
(50) V. Charpentier (J.), op. cit. et Gouttes (R. de), op. cit.
(51) Dans le cadre de la coopération politique pendant cette période, le Conseil Européen a fait des Déclarations sur le terrorisme en décembre 1975, juillet 1976, décembre 1977, avril 1978. De nombreuses autres déclarations seront faites à propos de la vague des attentats terroristes des années 1980. Les Ministres des Affaires Étrangères des Douze publient également des Déclarations de même nature lors de leurs réunions régulières.

"incantatoire" de ces Déclarations n'est plus à démontrer puisqu'elles ne déboucheront sur aucun acte juridiquement contraignant au niveau Communautaire ; ne sont-elles pas, en fait, uniquement destinées à montrer à l'opinion publique que les politiques, au plus haut niveau, sont préoccupés par la montée de la vague terroriste ?

Le seul résultat concret, mais limité, de ces travaux sera l'Accord concernant l'application de la Convention européenne pour la répression du terrorisme signé, au titre de la coopération politique, par les Ministres de la Justice des Neuf réunis à Dublin le 4 décembre 1979 (52).

Cet Accord, proposé par la Belgique à l'origine, visait à permettre l'application, entre les seuls États membres de la CEE, de la Convention de Strasbourg du 27 janvier 1977, sans pour autant que certains États (la France faisant partie de cette catégorie à l'époque) ne deviennent parties à cette Convention. Il s'agissait en somme de faire à neuf ce qui était impossible à vingt-et-un. L'économie des deux textes est similaire ; il est interdit aux États, par exception au principe traditionnel de non extradition des délinquants politiques, de fonder un refus d'extradition sur le caractère politique de l'infraction lorsque celle-ci figure dans une liste d'actes particulièrement graves. En cas de refus d'extradition, l'État concerné a l'obligation de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale en vertu du principe *"aut dedere aut judicare"* (transférer ou poursuivre) déjà visé dans d'autres Conventions liant la France. Le système de réserves est également similaire à celui de la Convention de Strasbourg.

La France a longtemps subordonné la ratification de cet Accord de Dublin à l'aboutissement d'un deuxième projet proposé dans le cadre de l'espace judiciaire européen sur la coopération en matière pénale. Le texte de cette dernière Convention a été présenté à la Conférence des Ministres de la Justice de Rome le 19 janvier 1980. Les Pays-Bas ayant refusé de signer ce deuxième accord en estimant que le cadre du Conseil de l'Europe était plus approprié pour traiter de la coopération judiciaire pénale, un blocage s'ensuivit et ce dernier projet sera abandonné. Devant le succès des ratifications de la Convention européenne pour la répression du terrorisme par les États membres du conseil de l'Europe et la recrudescence du terrorisme international à partir de 1986, le Gouvernement français, ne pouvant rester plus longtemps isolé, décidera en 1987 de ratifier ensemble les deux textes de Strasbourg et de Dublin.

L'Accord de Dublin n'a pas été ratifié par tous les États membres de la CEE et il n'est toujours pas entré en vigueur au début de 1993 (53) ; il a aujourd'hui pratiquement perdu tout intérêt du fait du succès de ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme.

Une relance du projet français d'Espace judiciaire européen sera cependant proposée par M. Badinter à la Conférence des Ministres de la justice des Dix le 25 octobre 1982. Le projet initial de Convention de coopération en matière pénale était amélioré pour renforcer la protection des droits de l'homme et complété par la proposition de création d'une "Cour pénale européenne". Cette Cour aurait été saisie de façon obligatoire pour juger les auteurs d'infractions lorsque l'extradition a été refusée et que l'État requis n'est pas compétent pour poursuivre lui-même.

Ces dernières propositions n'ont pas été retenues du fait de l'opposition de la Belgique, des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Cet échec sonnera le glas de l'idée française d'un espace judiciaire européen et les débats de ratification du Traité de

(52) Coopération politique : Accord de Dublin, Bull. CE 12-1979, p. 99.
V. également : Assemblée Nationale, Projet de Loi n° 632 du 10 avril 1987. Rapport de J. Foyer à l'Assemblée Nationale, op. cit. et rapport de Xavier de Villepin au Sénat, n° 347, 1er juillet 1987.
(53) Cet Accord de Dublin n'a été ratifié que par la Belgique, la France, l'Italie et les Pays-Bas.

Maastricht montrent bien les obstacles actuels pour engager un processus d'intégration juridique dans ce domaine. Faudra-t-il attendre la prochaine poussée de terrorisme pour aller plus loin ? Les "intentions" en matière pénale des États membres de la Communauté deviendront-elles un jour des actes juridiquement obligatoires ?

Une deuxième relance de la coopération pénale sera proposée par l'Italie en 1985, alors qu'elle exerce la Présidence de la Communauté. Le groupe d'experts en matière de coopération judiciaire est réactivé à cette occasion et pourra proposer plusieurs textes nouveaux :

- La Convention entre les États membres des Communautés Européennes relative à l'application du principe non bis in idem signée par six États membres le 25 mai 1987 et ratifiée par le Danemark et l'Italie.
- L'Accord relatif à l'application entre les États membres des Communautés européennes de la Convention du Conseil de l'Europe de 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées signé par sept États membres le 25 mai 1987 et ratifié par la Belgique, le Danemark, la Grèce et l'Italie.
- L'Accord entre les États membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition signé par dix États membres le 26 mai 1989.
- L'Accord relatif à la transmission des procédures répressives signé par sept États membres le 6 novembre 1990 permettent d'instaurer un mécanisme simplifié de transmission des procédures répressives et une réduction des conflits de compétence.
- La Convention entre les États membres des Communautés européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères signé le 13 novembre 1991 qui vise à simplifier la procédure de reconnaissance réciproque des jugements répressifs prévue par la Convention de La Haye du Conseil de l'Europe du 28 mai 1970.

Toutes ces nouvelles Conventions ont été préparées par le Groupe de coopération judiciaire et ouvertes à la signature dans le cadre de la Conférence des Ministres de la Justice des douze États membres de la Communauté. Il faut différencier cette Conférence du Conseil des Ministres de la CEE qui réunit le même jour les mêmes Ministres de la justice mais dans une sphère d'activité et avec un ordre du jour différent (54).

Le cadre de coopération choisi pour développer le droit pénal européen a bien montré ses limites. Cette coopération située à la marge des traités institutifs, reste en effet marquée par le désir de travailler uniquement dans un système intergouvernemental (55) ; les instruments juridiques élaborés sont des traités internationaux autonomes par rapport au droit communautaire ; le règlement des différents, lorsqu'il est prévu, ne fait pas référence à un règlement judiciaire, ou même à une possible interprétation par la Cour de justice des Communautés, mais renvoie à un mécanisme d'arbitrage (56).

La coopération politique européenne pourtant institutionnalisée dans le système CEE depuis l'Acte Unique des 17 et 28 février 1986 débouche ainsi sur un système de coopération extra communautaire sous le prétexte que les compétences concernées échappent à la sphère CEE.

---

(54) V. l'ordre du jour de la 1533e session du Conseil le 13 novembre 1991 à Bruxelles. Cet ordre du jour ne comporte aucune mention de l'Accord sur l'exécution des condamnations pénales étrangères. Bulletin CE 11-1991, point 1. 7. 9., p. 117.

(55) V. Decaux (E.) *"La politique étrangère et de sécurité commune"* in *"Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne"*. CEDIN, Montchrestien, 1992, p.105.

(56) V. par exemple l'art. 5 de la Convention de Dublin qui renvoie à la procédure d'arbitrage prévue à l'art. 10 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme.

C'est également dans le cadre de la coopération politique que le Conseil Européen de Rome des 1er et 2 décembre 1975 retient une proposition du Premier Ministre Britannique de réunir de façon régulière les Ministres responsables des questions de sécurité intérieure (selon les États, Ministre de l'Intérieur et/ou Ministre de la Justice) pour s'entretenir "des questions se posant dans le cadre de leurs responsabilités et notamment dans le domaine intéressant la loi et l'ordre public".

La première conférence des Ministres a lieu à Luxembourg le 29 juin 1976. Elle prend la dénomination "TREVI" en souvenir d'une célèbre fontaine de Rome et par la contraction des mots Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale. Organe de coopération intergouvernementale en matière de police la conférence se dote d'organes spécifiques (57) ; à la base quatre groupes d'experts sont chargés de préparer les travaux et d'élaborer des propositions.

- Le Groupe Trevi 1 est chargé de la lutte contre le terrorisme. Ce groupe a mis en place un réseau de communication permettant le transfert rapide et sûr des informations par des officiers de liaison échangés entre les partenaires.

- Le Groupe Trevi 2 est chargé de l'échange d'informations relatives au maintien de l'ordre public, de la formation des personnels de police et des aspects techniques des interventions.

- Le Groupe Trevi 3 est créé en 1986 pour coordonner les stratégies en matière de lutte contre la criminalité organisée et le trafic des stupéfiants. Ce groupe accueille le Secrétaire général d'Interpol avec le statut d'observateur, ce qui devrait faciliter la coordination entre les deux organisations.

- Le Groupe Trevi 92 a été créé en 1989 pour étudier les conséquences de la suppression des contrôles aux frontières intérieures des Communautés.

Les études et les conclusions de ces quatre groupes de travail sont transmises à un comité de hauts fonctionnaires ministériels constitué par les Directeurs généraux ou les Chefs des divisions de Police des ministères compétents. Le Comité élabore les propositions qui seront ensuite soumises aux Ministres. Pour répondre aux critiques du parlement européen, un membre de la Commission participe aux travaux des Ministres depuis la réunion de juin 1991 à Luxembourg (58). Les réunions de ces différentes instances ont lieu tous les six mois. Selon les spécialistes cette conférence TREVI est devenue un forum de rencontre qui a fait la preuve de son utilité tant au niveau politique que technique (59). Mais le caractère secret de ses activités ne permet pas de déterminer son degré d'efficacité avec certitude.

Le Conseil Européen réunit les 28 et 29 juin 1991 à Luxembourg avait demandé aux Ministres compétents en matière de sécurité intérieure de préparer un rapport sur la création d'un Office européen de police (EUROPOL). Ce projet avait été lancé par le gouvernement allemand qui souhaitait la création d'un équivalent de la police fédérale (FBI) aux États-Unis. Le rapport, élaboré dans le cadre de la Conférence TREVI a été soumis au Conseil Européen de Maastricht et prévoit la constitution d'une première structure spécialisée dans le domaine de la Drogue l'EDU (Unité Européenne sur les Drogues). Un accord ministériel est en préparation pour la création définitive et la localisation de l'EDU (60). La création de l'Office, par ailleurs annoncé dans le traité de Maastricht, est formalisée par la constitution d'une équipe de quinze policiers sous présidence allemande. Cette équipe travaille

(57) V. le schéma 1.
(58) Cf. Bulletin CE. 6-1991, point 1. 4. 10.
(59) V. en ce sens : Montreuil, op. cit. p. 67. Joubert et Bevers, op. cit. p. 713 et Schmidt-Nothen (R.) *"La coopération policière en Europe"*. R.I.P.C. septembre-octobre 1989, p. 5.
(60) Bulletin CE. n° 12-1992, point 1. 5. 13.

depuis le 4 septembre 1992 à Strasbourg dans les locaux du S.I.S. Elle est chargée de préparer et de définir des modalités d'action qui se limiteront dans un premier temps à un système d'échanges d'information en collaboration avec la structure comparable du système de Schengen (SIS) (61).

Il faut également signaler la constitution en 1980 du Groupe informel européen de coopération dans le domaine de la lutte contre le terrorisme (GIECLCT) qui réunit deux fois par an les responsables opérationnels de la lutte contre le terrorisme des différents pays membres de la Communauté. La coopération engagée dans le cadre de ce groupe permet d'évaluer et de comparer les expériences à partir d'événements concrets et d'améliorer la concertation dans le domaine technique afin de renforcer l'efficacité des forces opérationnelles engagées dans la lutte contre les terroristes (62).

Les Ministres de l'immigration tiennent des réunions parallèles à celles du groupe TREVI. Les défis posés par les problèmes d'immigration et d'asile peuvent avoir un lien avec la lutte contre le terrorisme. Dans ce cadre une Convention sur le franchissement des frontières extérieures de la Communauté a été soumise à la signature des États membres. Le but de cette Convention est de permettre que les États membres appliquent des règles uniformes pour les contrôles aux frontières externes des personnes effectuant un séjour de courte durée. Une uniformisation des formalités en matière de visas pourrait également permettre, par l'instauration d'un visa unique, de simplifier les séjours de voyageurs non communautaires dans plusieurs États membres. Cette Convention est actuellement bloquée par le contentieux bilatéral entre l'Espagne et le Royaume-Uni à propos de Gibraltar (63). Les Ministres ont également prévu la mise en place d'un Centre d'information, de recherches et d'échanges en matière de franchissement des frontières (CIREFI) (64).

Il faut remarquer, là encore, l'étonnante complexité des mécanismes de coopération mis en place dans les deux dernières décennies. La multiplication des structures qui se superposent n'est pas, en elle-même, un phénomène institutionnel qui favorise l'efficacité et la fiabilité. L'évaluation réelle du système crée n'en est que plus délicate.

B - LA COOPÉRATION EN MATIÈRE DE TERRORISME ET LA NOTION D'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

Les traités CEE n'interdisent pas aux États membres de signer entre eux toute Convention internationale qui permettrait de développer leur collaboration dans les domaines non couverts par celui-ci ; l'article 5 du traité de Rome oblige cependant les États membres à *" assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité "* et *à s'abstenir " de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité "*. Si un accord entre États membres contrevient au droit communautaire, la Commission gardienne des traités pourra demander un avis à la Cour de Justice, et après mise en demeure, engager des poursuites sur la base du recours en manquement contre les États en infraction. Il faut cependant convenir que cette procédure "lourde" n'est pas toujours politiquement praticable par une Commission des Communautés soumise à de multiples critiques.

Les différents problèmes que pose la répression du terrorisme ne sont pas dénués de tout lien avec certaines compétences communautaires.

(61) V. Inciyan (E.) *"Une Europe de la sécurité"* in Le Monde, 6 septembre 1992, p. 8 et Bulletin CE n° 6-1992, point 1. 5. 14.
(62) V. Le Jeune (P.) op. cit.
(63) V. Bulletin CE n° 12-1992, point 1. 5. 12.
(64) V. Bulletin CE n° 6-1992, point 1. 5. 13.

Dans le domaine de la libre circulation des marchandises l'article 223-b du traité CEE prévoit expressément que *"tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production et au commerce des armes, de munitions et de matériel de guerre"*. Cet article vise essentiellement la libre circulation des armes, des munitions et du matériel militaire et permet de déroger au principe général de libre circulation des produits. La compétence des États reste donc la règle dans ce domaine mais l'article 223 définit cependant quelques limitations : *"ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires"*. De plus la dérogation n'est admissible que si elle est "nécessaire" et l'intérêt protégé doit être "essentiel" pour la sécurité de l'État. Les mots utilisés impliquent une interprétation restrictive de cet article (65).

Sur les matières concernées par cet article 223, nous avons vu ci-dessus qu'il existe une Convention européenne prise dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1978 pour le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers. Dans ce même domaine, le Conseil des Ministres a adopté le 18 juin 1991 une Directive relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (66). Ce texte s'inscrit dans la perspective de l'abolition des contrôles aux frontières intracommunautaires le 1er janvier 1993 et a donc été pris sur la base de l'article 100A. Voilà donc encore un domaine ou se superposent à la fois une Directive communautaire et une Convention du Conseil de l'Europe ; cette situation ne constitue pas un cas isolé (67). Certains observateurs parlent d'une compétition entre les deux organisations, voire même d'une course de vitesse pour baliser un terrain et défendre des prérogatives concurrentes. Il faudra bien que les États trouvent un jour un remède à cette situation qui ne facilite pas la compréhension et la simplicité de la mise en oeuvre de la règle de droit.

Les relations et la coopération de la Communauté avec le Conseil de l'Europe pourraient être fondées sur la base de l'article 230 du traité CEE ; celui-ci permet à la Communauté d'établir avec le Conseil de l'Europe *"toutes coopérations utiles"*. Une lecture extensive de cet article permettrait de faire rentrer dans ce champ toutes les questions que posent l'application uniforme et raisonnée des Conventions qui traitent du terrorisme et de la criminalité organisée sur le territoire de la CEE (68). Nous avons vu ci-dessus que les Gouvernements préfèrent recourir au mécanisme de la Convention d'application entre les États membres des Conventions existantes dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Par ailleurs, l'article 220 du traité CEE précise : *"les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : - La protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants "* (69).

---

(65) V. en ce sens Verhoeven (J.) in *"Traité CEE, Commentaire article par article"*. Économica 1992, p. 1400.
(66) JOCE n° L.256 du 13 septembre 1991.
(67) Cf. en matière de télévision ou il existe pour le Conseil de l'Europe, une Convention européenne sur la télévision transfrontières de 1989 et pour la CEE une Directive du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Il en est de même en matière de reconnaissance des diplômes.
(68) V. Furrer (H. P.) *"La contribution du Conseil de l'Europe à la construction européenne"* in *"Les organisations internationales contemporaines"*. SFDI, Pédone 1988.
(69) C'est notamment dans le cadre de l'article 220 CEE que les États membres ont adopté la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. JOCE, n° L. 299 du 31 décembre 1972, p. 32.

Les notions de "protection des personnes" et de "jouissance et protection des droits" utilisées dans cet article peuvent concerner les ressortissants communautaire victimes d'opérations terroristes. Cependant l'article 220 ne fait pas référence à l'adoption de règles de droit dérivé mais à des "négociations", ce qui suppose que l'aboutissement du processus, de nature diplomatique, conduise à l'adoption d'un traité international. Rien en fait n'interdit, en droit, qu'en accord international adopté dans ce cadre renvoie au droit dérivé pour la gestion et l'adoption des modalités pratiques de la coopération ainsi engagée ; seule l'absence de volonté politique et l'existence de susceptibilités nationales très vives empêchent d'imaginer des réalisations en ce sens.

Et pourtant, des infractions pénales peuvent avoir des conséquences en droit communautaire ; l'on citera par exemple la décision de la Cour de justice dans l'affaire Cowan qui a surpris bon nombre d'observateurs ; dans cette affaire, un touriste britannique victime d'une agression à Paris, demandait une indemnisation à la France en application de dispositions du Code de Procédure pénale français. Devant le refus d'indemnisation des autorités françaises M. Cowan avait porté le litige devant le Tribunal de Grande Instance de Paris qui pose une question préjudicielle à la Cour de Justice. La Cour décide, dans son arrêt du 2 février 1989 (70) : *"... il convient de rappeler que si, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale, parmi lesquelles a été insérée la disposition nationale litigieuse, relèvent de la compétence des États membres, il est de jurisprudence constante (voir entre autres, l'arrêt du 11 novembre 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595) que le droit communautaire impose des limites à cette compétence. De telles dispositions législatives ne peuvent, en effet, opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement, ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire".*

Et le juge communautaire déclare que les dispositions concernées du code de procédure pénale français ne sont pas compatibles avec le principe de non discrimination entre les ressortissants de la Communauté contenu dans l'article 7 du traité de Rome.

Là encore nous avons vu qu'il existe une Convention de 1983 dans le cadre du Conseil de l'Europe sur le dédommagement des victimes d'infractions violentes. Quelle est l'utilité de cette Convention (en dehors du champ géographique plus large où elle pourrait être appliquée) pour les rapports entre les États membres des Communautés, puisqu'au sens de la décision de la Cour, ils sont désormais tenus d'indemniser les ressortissants communautaires victimes d'infractions de la même façon que leurs propres ressortissants ?

La mise en place de la libre circulation des personnes et des capitaux, de la libre prestation de service, la libéralisation du droit de séjour et la suppression des contrôles aux frontières intra communautaires peut donc avoir quelques effets sur la politique pénale des États membres.

Pour harmoniser leur politique de lutte contre le terrorisme, les États membres peuvent encore utiliser les ressources des articles 100, 100A et 235 du Traité CEE.

L'article 100 permet au Conseil des Ministres, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, d'arrêter les directives pour le rapprochement des législations ayant une incidence *"directe"* sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Le terme *"incidence directe"* appliqué au domaine du droit pénal semble réserver le domaine de l'article 100 à l'harmonisation des législations en

(70) CJCE. Arrêt du 2 février 1989, Ian William Cowan, Aff. 186/87, Rec. p. 195.

matière d'infractions économiques ; la Cour de justice consultée en 1976 par la Commission sur un projet de Directive concernant la prévention et la sanction des infractions économiques, recommandait d'utiliser plutôt la procédure de l'article 235 (71). Ce dernier concerne des actions de la Communauté qui apparaissent "nécessaires pour réaliser... l'un des objets de la Communauté".

Malgré l'Avis donné, le projet sur les infractions économiques n'a pas abouti. L'on est donc loin de pouvoir envisager le recours à cette procédure dans le domaine de la lutte antiterroriste ; la notion "d'action nécessaire" de l'article 235 se prêterait pourtant assez bien à une interprétation extensive en la matière. Mais les Parlements nationaux sont particulièrement jaloux de leurs prérogatives en matière pénale et aucun gouvernement ne peut négliger ce facteur. L'unanimité requise pour la prise de décision dans le cadre de ces deux articles 100 et 235 ne facilite pas non plus les choses. Il n'en est pas de même pour l'article 100A qui permet un vote du Conseil à la majorité qualifiée et l'utilisation de la procédure de coopération. La limitation du domaine couvert par cet article 100A à l'établissement progressif d'un espace sans frontières intérieures ne nous semble pas constituer un obstacle, puisque, comme nous l'avons vu, c'est justement la construction de ce grand marché intérieur qui cause quelques soucis aux responsables des services de sécurité de nos pays.

L'on ne peut pas, en même temps, démanteler les barrières étatiques intracommunautaires, et refuser la coopération pour la surveillance des frontières. C'est le constat qui s'imposera à certains pays membres et qui générera des projets un peu plus ambitieux.

III - L'AVENIR DE LA COOPÉRATION EUROPÉENNE

La zone de prospérité construite à Douze pose de nouveaux problèmes de sécurité depuis l'accélération de la construction du grand marché intérieur et la suppression progressive des frontières intérieures. Ceci conduit les responsables des États à élaborer des programmes de coopération qui annoncent l'avènement d'une politique pénale européenne plus structurée. Ces programmes se sont concrétisés par les traités de Schengen et de Maastricht. Les difficultés de ratification et de mise en œuvre de ces traités illustrent la complexité des questions concernées. La lutte contre le terrorisme pose, outre le problème de l'extradition, toute la question des visas et de l'unification des contrôles aux frontières externes, de l'asile, de l'immigration etc...

A - L'ESPACE SCHENGEN

Devant le refus de certains États, dont le Royaume-Uni, d'aller plus loin dans la coopération pour les affaires de police, un projet d'accord bilatéral entre la France et l'Allemagne est préparé en secret par le Chancelier Kohl et le Président Mitterrand lors d'un sommet franco-allemand organisé le 17 juin 1984 à Fontainebleau. Ce projet se concrétise par la signature, le 13 juillet 1984, de l'Accord de Sárrebruck relatif à la suppression graduelle des contrôles à la frontière franco-allemande (72).

Les trois pays du Bénélux, intéressés par le processus entamé souhaitant adhérer au système, ceci entraînera la conclusion à Schengen, le 14 juin 1985, d'un nouvel accord relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières

(71) V. Rapport Keersmacker. Parlement Européen. Doc. Séance n° 531/76 du 2 février 1977, p. 19. L'avis de la CJCE n'a pas été publié.
(72) Accord de Sarrebruck publié au JORF du 3 août 1984, p. 2565.

communes (73). Cet accord concerne presque exclusivement les problèmes de franchissement des frontières intérieures communes par les ressortissants des États membres. Les mesures prévues permettent l'instauration d'une simple surveillance visuelle des véhicules de tourisme franchissant la frontière commune à vitesse réduite et la réduction au minimum des temps d'arrêt pour les autres catégories de transports terrestres. Les parties à l'accord s'engagent également à renforcer la coopération entre leurs autorités de police pour la prévention de la délinquance et la lutte en commun contre la criminalité (74).

La mise en œuvre de cette Convention a connu quelques retards dû au processus d'unification allemande. La nécessité de compléter le dispositif prévu aboutira finalement à la conclusion de la convention d'application de l'accord de Schengen le 19 juin 1990 dans la même ville. Ce texte de 142 articles a été signé par les cinq États d'origine ; ils ont été rejoints par l'Italie le 27 novembre 1990 puis par l'Espagne et le Portugal le 15 juin 1991 ; la Grèce ayant, depuis cette dernière date, le statut d'observateur dans l'attente de devenir membre à part entière (75).

La nouvelle Convention prévoit l'abolition complète des contrôles aux frontières internes et envisage l'harmonisation des règles applicables pour le franchissement des frontières extérieures, la politique des visas, la circulation des étrangers, des stupéfiants et des armes et la demande d'asile.

En matière de coopération dans le domaine de la police et de la sécurité, la Convention innove en prévoyant un système très original en quatre volets (76).

Le premier volet concerne, aux termes de l'article 40, l'observation transfrontalière. Un agent de l'un des pays membres peut, après autorisation sous forme de demande d'entraide judiciaire, continuer à surveiller et à suivre dans un autre pays, une personne suspectée d'avoir participer à une infraction pouvant donner lieu à extradition. Les faits punissables concernés sont notamment : le meurtre, l'assassinat, l'enlèvement, la prise d'otage, la destruction par explosifs, etc... Les agents observateurs ne peuvent ni interpeller ou arrêter la personne observée, ni utiliser leur arme de service. La désignation des agents autorisés à pratiquer l'observation transfrontalière est également précisée et comprend, pour la France par exemple, les officiers et agents de police judiciaire de la police nationale, de la gendarmerie ainsi que les agents des douanes.

Le deuxième volet concerne, au titre de l'article 41, le droit de poursuite transfrontalière des personnes prises en flagrant délit d'infraction ou des évadés. Compte tenu de l'urgence, les agents d'un État peuvent continuer leur poursuite tout en informant les autorités du pays traversé par tous moyens. Les États de l'espace Schengen déterminent, chacun en ce qui le concerne, les limites de temps et d'espace pour l'exercice de ce droit de poursuite. Les agents poursuivants, qui doivent porter un uniforme ou un brassard, et être identifiables, ne disposent du droit d'interpellation que de façon dérogatoire en cas d'urgence, l'arrestation formelle étant effectuée par les agents de l'État sur le territoire duquel a lieu la poursuite. Ils ne peuvent utiliser leur arme de service qu'en cas de légitime défense et doivent rendre compte de leur mission aux autorités de l'État concerné par la poursuite.

Malgré les limites prévues pour l'exercice de ce droit de poursuite dans la convention elle même, il faut bien imaginer la véritable révolution que représente le fait d'autoriser des personnels de police étrangers à pénétrer en uniforme sur un territoire national voisin pour y continuer une mission engagée ailleurs. La brèche

(73) Accord de Schengen publié au JORF du 5 août 1986, p. 9612.
(74) V. Néel (B.) *"L'Europe sans frontières intérieures, l'accord de Schengen"* in AJDA, 1991, p. 659. Blanc (H.) *"Schengen : le chemin de la libre circulation en Europe"* in RMC, 1991, p. 722.
(75) V. Bulletin CE n° 6-1991, point 1.4.11.
(76) V. Joubert (C.) et Bevers (H.) op. cit. p. 715 et Montreuil (J.) op. cit. p. 69.

ainsi ouverte dans le sacro-saint principe de souveraineté des États est la conséquence de l'évolution qui s'est produite dans les esprits des responsables européens de ces questions dans les dix dernières années (77).

Le troisième volet concerne la coopération en matière de politique pénale. Celle-ci comprend dans les articles 48 à 91 un mécanisme d'entraide judiciaire, l'application du principe *Ne bis in idem*, l'extradition, la transmission de l'exécution des jugements répressifs ainsi que des dispositions sur les stupéfiants, les armes à feu et les munitions. Cette coopération permet de compléter ou d'approfondir le droit conventionnel élaboré par ailleurs dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Enfin, le quatrième volet concerne la mise en place d'un système d'information Schengen (SIS) pour faciliter la communication des données relatives aux personnes recherchées. Ce fichier central informatisé, véritable banque de données à l'échelon européen pourra être consulté par chacun des pays membres. Chaque État de l'organisation nouvelle devra désigner une autorité nationale susceptible d'exercer un contrôle indépendant sur la partie nationale du fichier et de vérifier que les données intégrées ne sont pas attentatoires aux droits des personnes. Le niveau de protection des données à caractère personnel est déterminé dans le respect des principes de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 (78).

La Convention de Schengen a également prévu la mise en place d'un mécanisme institutionnel particulier (79). Celui-ci comprend un Comité exécutif, composé d'un Ministre par État membre, qui veille à l'application correcte de l'accord et statue à l'unanimité. Ce Comité a créé de nombreux organes subsidiaires pour préparer ses décisions dans les nombreux domaines de coopération concernés.

La Convention précise par ailleurs, dans son article 134 que ses dispositions ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire. Ceci constitue une garantie pour les cas de contrariété flagrante. La seule réserve que l'on peut émettre, c'est que la Cour de justice n'étant pas compétente pour l'interprétation de ce texte, il n'existe aucune garantie d'interprétation uniforme sur l'ensemble de l'Espace concerné ni de compatibilité garantie avec l'ordre juridique communautaire.

Du fait de l'utilisation de l'unanimité comme base de prise des décisions dans l'espace Schengen, la coopération engagée reste de nature intergouvernementale (80). Les procédés juridiques utilisés consistent à harmoniser progressivement les législations nationales concernées conformément aux principes et modalités de coopération choisis. Les progrès accomplis sont importants. Schengen annonce une ère nouvelle car les défis des menaces terroristes ont permis de tisser entre les démocraties européennes des liens identitaires très puissants (81). La coopération instaurée entre l'Espagne et la France depuis quelques années dans le traitement du terrorisme basque ou entre l'Allemagne et la France dans les affaires concernant la bande à Bader ou action directe en sont quelques exemples. Le temps où la qualification de l'infraction commise par le terroriste pourra être banalisé et celui-ci considéré comme un délinquant ordinaire est peut-être plus proche qu'on ne le croit. Les réactions de l'opinion publique et des médias, frappés par l'horreur des attentats

(77) V. *"Les systèmes de police et la coopération policière en Europe : comparaisons, tendances, défis"*. Colloque de l'IHESI. Paris 1-4 décembre 1992.
(78) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Conseil de l'Europe, Série des Traités européens n° 108.
(79) V. le schéma 2.
(80) V. le schéma 3.
(81) V. Labayle (H.) Simon (D.) *"Terrorisme et harmonisation juridique en Europe, éléments pour une problématique"*. Journées d'études du SGDN. Paris, août 1990.

perpétrés peuvent générer une coopération encore plus étroite entre les gouvernements concernés.

Pourtant, de très vives critiques ont été apportées au système Schengen dans les cercles communautaires et dans certaines instances nationales. Le Parlement européen a tendance à considérer que cette convention d'application de l'accord de Schengen n'est qu'un " banc d'essai " en vue de la mise en oeuvre d'une réglementation communautaire en la matière. Compte tenu des lacunes importantes constatées en matière de coopération policière, de prévention des délits, d'entraide judiciaire, d'extradition et de transmission de l'exécution des jugements, il propose l'organisation d'un contrôle de cet exercice de coopération intergouvernementale par la Cour de Justice des Communautés (82). Cette proposition, logique dans le cadre de la dynamique communautaire, a peu de chances d'être retenue. Si le traité de Maastricht rentre en vigueur, il n'est cependant pas exclu que la Cour soit amenée à préciser certains concepts et à faire application de certains principes tirés de l'interprétation de la Convention européennes des droits de l'homme comme cela s'est déjà produit dans diverses instances (83).

Les réactions enregistrées au Parlement européen à Strasbourg sont significatives d'un certain dépit de voir se réaliser une coopération avancée en dehors de tout lien avec le système CEE et sans contrôle des organes communautaires. Dans plusieurs Résolutions (84), le Parlement stigmatise la violation des principes démocratiques et des Conventions internationales en matière de droits de l'homme par des États préoccupés d'agir en secret et sans contrôle parlementaire ; il demande aussi que la Conférence intergouvernementale de négociations du traité d'Union politique inscrive tous ces questions de coopération en matière pénale dans le domaine des compétences exclusives de la Communauté. Sur ce point, il a obtenu une satisfaction partielle dans le traité de Maastricht ; les nouvelles compétences en matière de justice et d'affaires intérieures abordent ces questions mais l'unanimité est exigée pour la prise de décisions.

Certaines de ces critiques sont excessives. S'il est vrai que la première Convention de Schengen de 1985 a été ratifiée en France par un simple Décret, la Convention d'application de 1990 a fait l'objet d'un large débat de ratification au sein des Parlements nationaux et de plus, en France, le Conseil Constitutionnel, saisi par M. Pierre Mazeaud et soixante-trois Députés a décidé le 25 juillet 1991 que l'accord n'était pas contraire à la Constitution (85).

D'ailleurs l'accord de Schengen nécessite, pour sa mise en application une série de décisions visant à harmoniser les dispositions législatives en vigueur dans les États membres et, à cette occasion, les Parlements nationaux pourront encore se prononcer sur les modifications nécessaires ou souhaitables.

Les réactions au sein des États ne sont pas moins vives. En France par exemple, le Sénat a créé une Commission de contrôle chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la Convention d'application de l'accord de Schengen. Dans son premier rapport (86) cette Commission a notamment relevé la très grande complexité du système mis en place et le fait que les Parlements nationaux n'avaient pas été suffisamment consultés sur toutes les conséquences des questions

(82) V. Résolution du PE du 19 novembre 1992. JOCE n° C 337 du 21 décembre 1992.
(83) V. notamment l'Arrêt de la CJCE du 15 mai 1986; Marguerite Johnston, Aff. 222/84, Recueil p.1651.
(84) V. Résolution du PE du 23 novembre 1989. JOCE n° C 323 du 27 décembre 1989, p. 98 et Résolution du PE du 15 juin 1990 - JOCE n° C 175 du 16 juillet 1990, p. 170.
(85) Décision du Conseil Constitutionnel n° 91-294 DC du 27 juillet 1991. JORF, 25 juillet 1991, p. 10 001.
(86) V. le rapport de Xavier de Villepin. Sénat n° 167, 11 décembre 1991.

sensibles concernant les visas, l'asile, la coopération en matière de police ou la Système d'information Schengen.

Lors du débat de ratification aux Pays-Bas, le Parlement néerlandais a obtenu un droit de veto sur les décisions du Comité exécutif de Schengen (87) ; les mesures projetées par celui-ci devraient lui être soumises avant leur adoption formelle. Ce nouveau mécanisme ajoute un contrôle parlementaire avant le vote du Ministre au Comité exécutif. Satisfaisante au plan des principes pour les opinions publiques nationales, cette initiative peut être à l'origine de difficultés juridiques provoquées par le mélange des genres et l'allongement des procédures. Le Parlement national serait en effet investi d'un double contrôle. Avant la prise de décision par le Comité, il donnerait en somme un mandat de négociation au Ministre ; mais comment assurer la confidentialité de ce mandat et la marge de manœuvre nécessaire dans toute négociation internationale ? Le Ministre serait-il contraint de pratiquer une navette entre le Comité et le Parlement en cas de fait nouveau ou d'évolution des positions en cours de négociation ? Le Parlement deviendrait-il *de facto* le véritable négociateur de l'accord intergouvernemental ? Et si l'on tient compte des autres Parlements, est-il possible et raisonnable de négocier avec deux ou trois mille acteurs ? Après la prise de décision par le Comité, le même Parlement serait appelé à approuver les mesures nationales d'application nécessaires lorsqu'elles sont de nature législative.

Les difficultés les plus importantes restent à venir. Certains États présentent en effet des lacunes, des faiblesses législatives sur des points importants des domaines de coopération évoqués. Le rapport de la Commission de contrôle du Sénat a le mérite de les souligner. L'Allemagne devra par exemple revoir sa loi sur le droit d'asile, la Belgique devra régler la question des visas de circulation délivrés par de simples Consuls honoraires, l'Italie et les Pays-Bas devront adopter une législation sur la protection des données informatisées à caractère personnel instaurant un niveau de protection équivalant à celui existant en France, etc...

B - LE TRAITÉ DE MAASTRICHT ET LA COOPÉRATION DES DOUZE DANS LES DOMAINES DE LA JUSTICE ET DES AFFAIRES INTÉRIEURES

La Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, complétée à la même date par la Directive relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés et la Directive relative au droit de séjour des étudiants (88) ont permis de compléter la panoplie des actes communautaires sur la libre circulation des personnes. Mais l'abolition des contrôles et des formalités applicables aux citoyens lors du franchissement des frontières intra-communautaires pose encore quelques difficultés et n'est pas réalisée totalement au 1er janvier 1993.

Le Conseil européen de Madrid en juin 1989 avait examiné les propositions du groupe de coordonnateurs créé par le Conseil de Rhodes en décembre 1988. Ces propositions, appelées "document de Palma de Majorque" visent à distinguer les mesures qui sont *essentielles* pour l'abolition des contrôles aux frontières de celles qui sont simplement *souhaitables* (89). Le groupe de coordonnateurs a poursuivi ses travaux par la suite et a soumis aux réunions ultérieures du Conseil européen des rapports d'étape successifs sur les progrès accomplis. Cependant le dernier Conseil européen réuni à Édimbourg les 11 et 12 décembre 1992 a dû prendre acte du fait que de nouveaux progrès sont encore nécessaires pour parvenir à la libre circulation des

(87) V. Chartier (C.) in le Monde, 25 juin 1992, p. 8.
(88) V. JOCE n° L. 180 du 13 juillet 1990, p. 26 et s.
(89) V. Bulletin CE, n° 6-1989, point 1.1.7.

personnes, conformément à l'article 8 A du traité CEE, sans mettre en danger la sécurité publique et sans compromettre la lutte contre l'immigration clandestine (90).

Le Conseil européen de Strasbourg en décembre 1989 a déterminé les principes de base relatifs à la protection des données privées dans le cadre des fichiers destinés à faciliter la coopération policière (91). Une Convention sur la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel est donc également en chantier.

Les questions relatives au droit d'asile peuvent également concerner la lutte contre le terrorisme. Après de longs travaux préparatoires, les Ministres chargés de l'immigration des Douze ont signé, lors de leur réunion du 15 juin 1990 à Dublin, une Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes (92). Cette Convention prévoit notamment quel est l'État compétent pour examiner la première demande d'un réfugié avec des critères de sélection communs. Une procédure d'échange d'informations sur les demandeurs d'asile est également prévue dans le cadre d'un Centre d'information, de recherches et d'échanges en matière d'asile (CIREA) (93). Cette Convention n'était toujours pas ratifiée par certains États membres au 1er janvier 1993 et ne peut donc rentrer en vigueur.

La question du droit d'asile est également envisagée dans le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992. Celui-ci contient dans son titre VI des dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. La notion "d'affaires intérieures" provenant en fait de la contraction de la formule d'origine qui prévoyait une coopération intergouvernementale dans les domaines des Ministres de l'Intérieur et de la Justice (94). Même si le mot *"intergouvernemental"* a été supprimé du texte final, l'utilisation du terme *"coopération"* montre bien les limites de l'exercice envisagé. L'article K2 du traité de Maastricht précise également que cette coopération ne porte pas atteinte à l'exercice des *"responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure"*. Et l'article K4 prévoit expressément l'utilisation du vote à l'unanimité au sein du Conseil sur ces questions.

Les domaines de la coopération envisagée portent dans l'article K1 point 1 à 6 sur la politique d'asile, les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des États membres, la politique d'immigration et de séjour des ressortissants des pays tiers, la lutte contre la toxicomanie, la fraude et la coopération judiciaire en matière civile.

Les points 7 à 9 du même article K1 portent sur la coopération judiciaire en matière pénale, la coopération douanière et surtout la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale.

Enfin l'article K1 fait référence *in fine* à la création de l'Office européen de police (EUROPOL) qui était également à l'étude, comme nous l'avons vu précédemment, dans le cadre du groupe TREVI et de la coopération intergouvernementale. Cet office serait, en quelque sorte, un bureau centralisateur d'informations sur les délinquants et les faits criminels et fonctionnerait en outre comme Bureau central

(90) V. Bulletin CE, n° 12-1992, point 1.10.
(91) V. Bulletin CE, n° 12-1989, point 1.1.9.
(92) V. Bulletin CE, n° 6-1990, point 2.2.2.
(93) V. Bulletin CE, n° 6-1992, point 1.5.13.
(94) V. Colloque *"Les Accords de Maastricht et la Constitution de l'Union européenne"*. CEDIN, Montchrestien, op. cit. p. 182.

communautaire de l'OIPC et remplacerait ainsi les Bureaux nationaux d'Interpol dans les douze pays.

Les modalités d'action prévues reprennent les procédures utilisées dans le cadre de la coopération politique et intergouvernementale antérieurement à ce nouveau traité, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu : la collaboration, l'adoption de positions communes, d'actions communes et la conclusion de conventions.

La seule possibilité d'aller plus loin dans le processus d'intégration juridique est prévue par la combinaison des procédures de l'article K9 du traité de Maastricht et de l'article 100 C nouveau du traité CEE. Dans ce cadre le Conseil pourrait, sous certaines conditions, utiliser le vote à la majorité qualifiée à partir du 1er janvier 1996. Mais cette procédure de l'article K9 n'est pas applicable aux domaines de coopération qui nous intéressent dans le cadre de cette étude, c'est-à-dire ceux qui portent sur les points 7 à 9 de l'article K1 et que nous avons définis de façon séparée ci-dessus.

Le nouvel article 100 C ajouté au traité CEE par le traité de Maastricht donne au Conseil des Ministres, statuant à l'unanimité jusqu'au 1er janvier 1996, à la majorité qualifiée ensuite, la compétence pour déterminer les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis de visas lors du franchissement des frontières extérieures des États membres. Cet article a pour effet de communautariser la politique des États en matière de visa. Mais le fait que l'unanimité soit nécessaire pour prendre une décision (§ 1), que les conventions sur les mêmes matières restent en vigueur tant qu'elles n'auront pas été remplacées par des directives (§ 6), et que ces compétences nouvelles ne portent pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, limitent singulièrement la portée de ce nouvel article.

La dynamique de l'ordre juridique communautaire pourrait cependant s'appliquer au domaine de l'article 100 C puisqu'il est partie intégrante du traité CEE. La Cour de Justice, saisie d'un recours pourrait alors contrôler les mesures dérogatoires prises par les États ; la limitation des pouvoirs de l'État quant à la justification des mesures d'ordre public énoncée par la Cour de Justice dans l'affaire Rutili (95) pourrait s'appliquer en l'espèce ; dans son Arrêt la Cour décide : "*... dans le contexte communautaire et, notamment en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté ;*

Que, dès lors, des restrictions ne sauraient être apportées aux droits des ressortissants des États membres d'entrer sur le territoire d'un autre État membre, d'y séjourner et de s'y déplacer que si leur présence ou leur comportement constitue une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ; "

Et là encore, la Cour applique les principes généraux tirés de la Convention des droits de l'homme du Conseil de l'Europe : "*... ces limitations apportées aux pouvoirs des États membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les États membres, et de l'article 2 du Protocole n° 4 à la même convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits*

(95) CJCE Arrêt du 28 octobre 1975, Rutili. Aff. 36/75, Recueil p. 1. Attendus 27 à 33.

garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins dans une société démocratique. "

--*-*

Le système de coopération en matière pénale mis en place depuis une trentaine d'années en Europe de l'Ouest est extrêmement complexe et ne semble pas avoir débouché sur l'élaboration de règles du jeu claires et bien définies.

Pour faire face au déficit sécuritaire, les États ont multiplié les accords, les organismes et les méthodes. Si la finalité recherchée semble claire, par contre les règles établies sont complexes. Est-ce important ? En matière de lutte contre le terrorisme les décisions politiques priment souvent sur l'application purement mécanique de la règle de droit.

Au plan institutionnel l'on peut décrire deux cercles, deux systèmes institutionnels juxtaposés et recoupés par un troisième sans que le partage des tâches ne soit déterminé de façon très précise ou définitive.

Le premier cercle, c'est celui de la CEE. La dynamique Communautaire d'intégration semble s'essouffler lorsque l'on aborde le domaine des affaires intérieures et judiciaires où les décisions sont prises à l'unanimité. Mais la règle de droit peut aussi être précisée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. L'Arrêt Cowan permet de baliser quelques pistes et la coopération judiciaire entre la Cour et les Tribunaux nationaux permettra peut-être d'aller plus loin.

Lorsque l'on veut définir une politique plus ambitieuse, l'on atteint un deuxième cercle, celui de l'espace Schengen, où les partenaires sont moins nombreux. Mais ici, l'effort d'intégration n'est envisagé qu'au prix de l'abandon de tout règlement des conflits par un mécanisme judiciaire intégré.

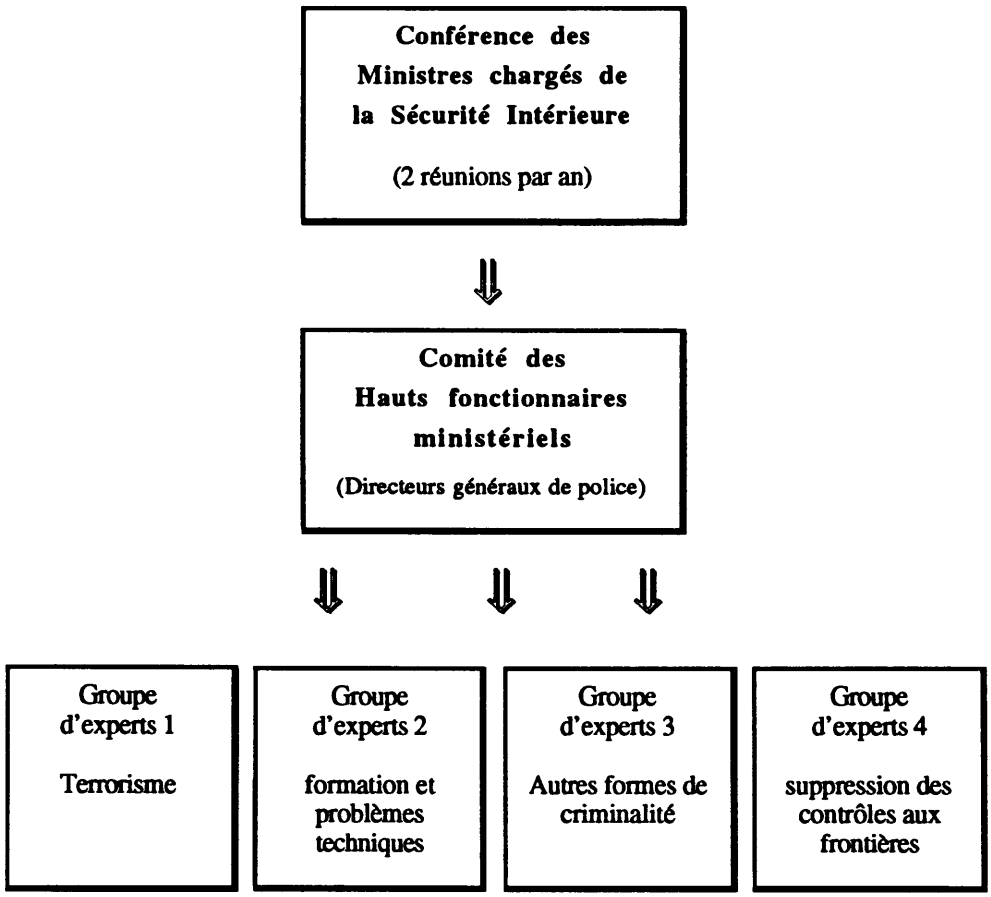
Ces deux premiers cercles institutionnels pourraient un jour se superposer, se fondre en un seul. Sur ce point la position du Royaume-Uni est capitale et conditionne toute l'évolution future. Ces deux cercles sont en quelque sorte l'expression de la théorie de l'Europe à deux vitesses.

Le troisième cercle est constitué par le système du Conseil de l'Europe. Celui-ci reprend les techniques classiques du droit international public. Le nombre de Conventions signées par des partenaires différents, les multiples réserves ou déclarations interprétatives faites par les signataires n'assurent, ni la transparence du système, ni son efficacité. Mais le système du Conseil de l'Europe sert de référence et de modèle pour les deux autres cercles. Malheureusement l'entrée dans cette dernière organisation des pays de l'Est de l'Europe ne permet pas d'assurer actuellement une bonne cohésion des positions en matière de coopération pénale.

Derrière ces trois cercles il y a les États avec leurs rêves, leurs conceptions, leurs politiques, leur doctrine plus ou moins rigide et leurs ambitions. C'est de l'évolution des positions de ces derniers que dépendent les progrès à venir. Les déclarations de caractère politique sont très nombreuses et il convient de mentionner en bonne place le "Document final de la réunion de Copenhague" du 29 juin 1990 et la "Charte de Paris pour une nouvelle Europe" du 21 novembre 1990 (96) ; ces textes, adoptés lors de réunions de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe (CSCE) sont fondamentaux. En effet l'engagement, pris dans ce cadre élargi, de protéger l'ordre démocratique contre les actes de terrorisme nous renvoi aux questions de principe et augure bien de l'avenir de cette coopération.

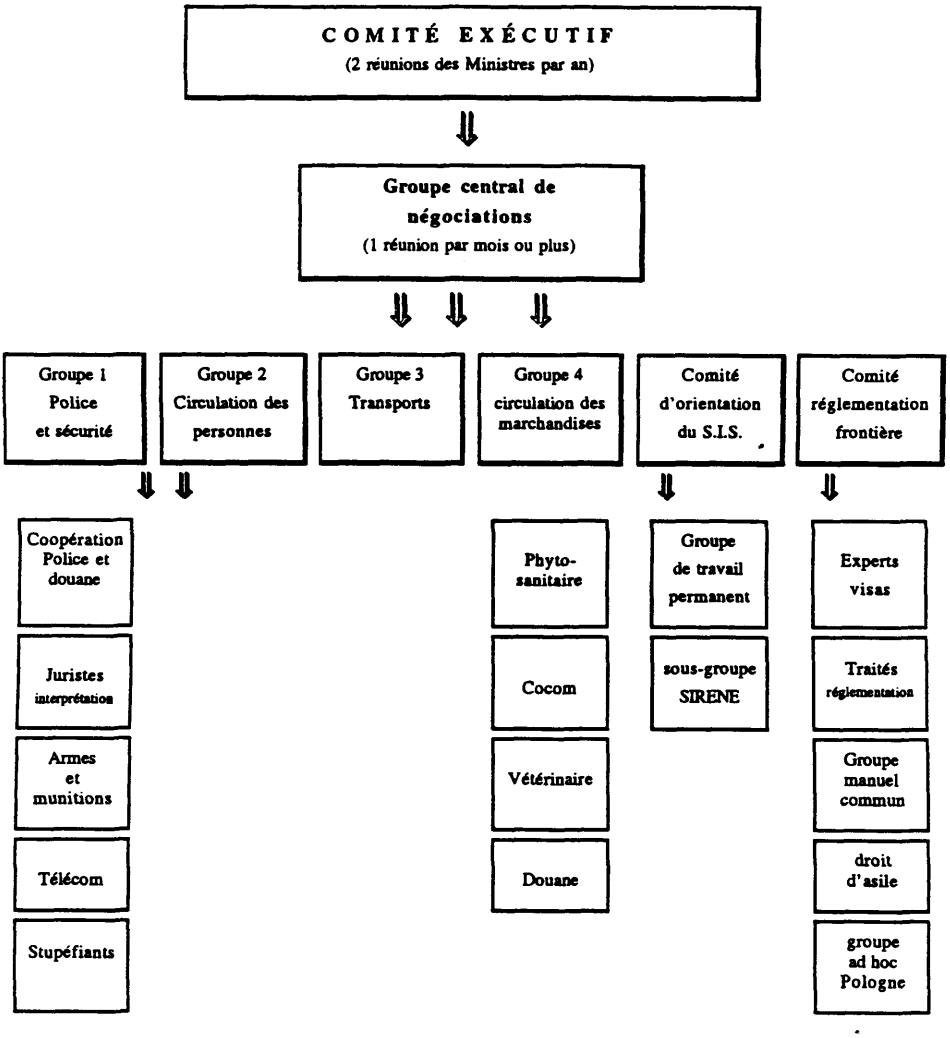
(96) V. Vigny (J.D.) *"Le document de la réunion de Copenhague"*. Revue universelle des droits de l'homme, n° 9-1990.

Schéma 1 : Les organes de la Conférence TREVI



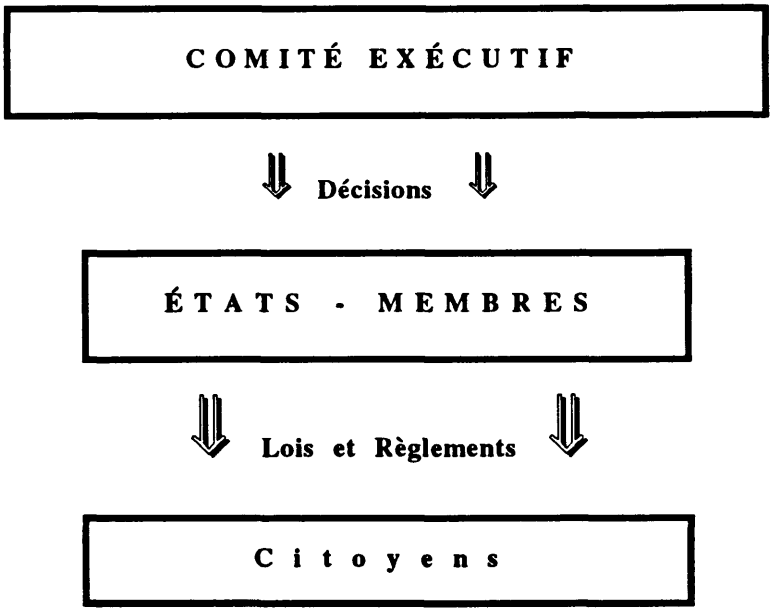
© Schéma C. GUEYDAN

Schéma 2 : Les organes du système Schengen



© Schéma C. GUEYDAN

Schéma 3 : La prise de décision dans le système Schengen



© Schéma C. GUEYDAN

Annexe

CONSEIL DE L'EUROPE : ÉTAT DES SIGNATURES ET DES RATIFICATIONS DES TRAITÉS EUROPÉENS

États membres	24	86	98	30	70	73	90	101	116	141
AUTRICHE	R		R	R	R	R	R			S
BELGIQUE	S			R	S	S	R			S
BULGARIE										S
CHYPRE	R	R	R		R		R	R	S	S
TCHÉCOSLOVAQUIE	R			R		R	R			
DANEMARK	R	R	R	R	R	R	R	R	R	S
FINLANDE	A		A	A			R		R	S
FRANCE	R			R			R		R	S
ALLEMAGNE	R		R	R	S		R	R	S	S
GRÈCE	R	S	S	R	S	S	R	S	S	S
HONGRIE	S	S	S	S						
ISLANDE	R	R	R	R	S	S	R	R		S
IRLANDE	R						R	S		
ITALIE	R		R	R	S		R	R		S
LIECHTENSTEIN	A			A		S	R			
LUXEMBOURG	R	S		R	S	S	R	R	R	S
MALTE							S	S		
PAYS-BAS	R	R	R	R	R	R	R	R	R	S
NORVÈGE	R	R	R	R	R	R	R		R	S
POLOGNE										
PORTUGAL	R	R	R	S	S	S	R	R		S
SAN MARIN										
ESPAGNE	R	R	R	R	S	R	R	S		S
SUÈDE	R	R	R	R	R	R	R	R	R	S
SUISSE	R	R	R	R			R		R	S
TURQUIE	R		R	R	R	R	R	S	S	
ROYAUME UNI	R		S	R			R	S	R	R
États non membres										
AUSTRALIE										S
ISRAËL	A			A						

(°) Traité qui n'est pas entré en vigueur
S : signature R : ratification A : Accession d : déclaration D : dénonciation

24 : Convention européenne d'extradition (1957).
86 : Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition(1975).
98 : Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition(1978).
30 : Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (1959).
70 : Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (1970).
73 : Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (1970).
90 : Convention européenne pour la répression du terrorisme (1977).
101 : Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers (1978).
116 : Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (1983).
141 : Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (1990).

Source : Conseil de l'Europe. Direction des Affaires Juridiques, Section des Traités. 4 janvier 1993.

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN PROCÉDURE PÉNALE

Par

Caroline SILVESTRE
Moniteur-Allocataire de Recherches - Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille III

Le concept de principe est (1) fondamental en procédure pénale. Dans cette matière, en effet, les règles du droit positif trouvent leur justification, dans de nombreux principes : le principe de la présomption d'innocence, le principe de la légalité, le principe de l'égalité... (2) et notamment le principe du contradictoire.

Ce dernier principe trouve son fondement dans le concept des droits de la défense issu du droit naturel (3). On peut définir comme le droit pour toute partie au procès d'avoir, d'une manière permanente, une parfaite connaissance des prétentions de son adversaire, de son argumentation, des moyens qu'il invoque, des preuves qu'il apporte. Elle doit être, à tout moment en mesure de connaître et de discuter librement tous les éléments du débat que fournit l'autre partie (4). Ce principe est très important car il est considéré comme la garantie nécessaire d'une élémentaire justice (5). La contradiction constitue "l'âme du système accusatoire" (6) par opposition au système inquisitoire et un moyen d'approche au plus près de la vérité judiciaire, par nature relative (7). Le juge ne pourra fonder sa décision que sur les éléments discutés en contradiction entre les parties (8). Ce principe existe dans toutes les procédures, civiles, pénales, administratives et disciplinaires. En matière

(1) On doit entendre par principes, des propositions qui gouvernent les règles juridiques.
R. Rodière, "Les principes généraux du droit privé français" in Journées de la société de législation comparée, 1980, p. 309.
Cornu, "Lexique des termes juridiques". Voir "principe" p. 629.
J. Boulanger, "Principes généraux du droit et droit positif" in mélanges Ripert, Tome 1, Paris, 1950, p. 51 et s.
(2) Cf. Commission Justice pénale et droits de l'homme. "Rapports sur la mise en état des affaires pénales", 1989.
Cf. également sur ce dernier point : D. Jean-Pierre, F. Mélin : "Le principe de l'égalité des armes", in R.R.J. PUAM, 1993-2, p. 489 et s.
(3) Motulsky, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile" in mélanges Roubier, Paris, 1961, Tome II, p. 275 et s.
(4) Vincent et Guinchard, "Procédure civile", 22e éd. 1991, Dalloz, n° 393 et s. ; P.. Raynaud, "L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16", in Mélanges Hébraud, 1981, p. 715.
(5) Vincent et Guinchard, préc. n° 393 et s. ; Merle et Vitu, "Traité de droit criminel", Tome 2 n° 1405.
(6) Selon Ortolan, "Éléments de droit pénal", 1855 n° 1853, p. 864.
(7) R. Martin, "De la contradiction à la vérité judiciaire", in Gazette du Palais 1981, Doctrine. p. 210.
(8) J. Pradel, "Procédure pénale", 4e ed. 1987, Cujas, p. 610-611 ; G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, "Procédure pénale", 13e ed. 1987 n° 56, p. 65-66.

pénale, il revêt un relief particulier en raison des intérêts en présence. Ainsi, nul ne saurait être condamné sans avoir eu toute latitude de faire entendre ses moyens de défense (9), le présumé innocent doit être "autorisé à tout mettre en oeuvre pour démontrer son innocence" (10). En fait, ce principe constitue la clef de voûte des droits de la défense (11) et il est aujourd'hui considéré comme le schème fondateur de l'État de droit (12) et des régimes démocratiques (13). C'est dire son importance. Toutefois cette règle n'est pas nouvelle et existe depuis longtemps. On la trouve usitée dans la Grèce antique (14) et dans la Rome primitive ; elle est pratiquée en France après les invasions barbares et reste en vigueur sous les carolingiens et à l'époque féodale, pendant le Haut Moyen-Age (15).

À l'époque moderne, elle a pris toute son ampleur et se trouve consacrée à tous les niveaux. En premier lieu, elle a valeur constitutionnelle comme tous les grands principes de droit pénal (16) en ce qu'elle fait partie des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (17). En deuxième lieu, elle est reconnue au plan international : ainsi la Cour de justice de Luxembourg admet que le caractère contradictoire de la procédure fait partie des principes généraux du droit communautaire applicable en matière pénale (18) ; de même la Convention européenne des droits de l'homme dans son article 6 (19), et le pacte de l'ONU dans son article 14, l'affirment implicitement puisque ces textes se réfèrent à la notion de procès équitable, ce qui implique le caractère contradictoire de la procédure. En dernier lieu, le principe est affirmé par notre législateur : l'article 437 alinéa 2 du Code de procédure pénale indique que le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves... "contradictoirement discutées devant lui" et la jurisprudence a étendu ce texte à la procédure criminelle.

L'importance de la règle du contradictoire ne peut être niée. Il paraît donc intéressant de l'étudier. Ce travail peut être conduit à la lumière de deux observations préliminaires.

---

(9) J.J. Maurel, "Publicité et contradiction dans l'instruction préparatoire". Thèse, Bordeaux, 1900 ; J.P. Poupon, "De la contradiction dans l'instruction préparatoire". Thèse, Paris II, 1973.
(10) Ch. Bakas, "Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie", Thèse, Paris II, 1982, p. 674.
(11) W. Jeandidier-Belot, "Les grandes décisions de la jurisprudence". Procédure pénale, P.U.F, 1986, p. 185.
(12) Varraut, "Le droit au droit", P.U.F, 1986, p. 125.
(13) P. Nicolopoulos, "La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire". R.S.C. 1989, p. 2 et s.
(14) Varraut, précité, p. 137 et s.
(15) Martin, "De la contradiction à la vérité judiciaire", in Gazette du Palais, 1981, I.R. p. 209 ; A. Laingui et A. Lebrigre, "Histoire du droit pénal" Tome II "La procédure criminelle" éd. Cujas 1979, p. 18.
(16) Philip, "La constitutionnalisation du droit pénal français". R.S.C. 1985, p. 711 ; J. LE Calvez, "Les principes constitutionnels en droit pénal" in J.C.P. 1985-I-3198 ; D. Mayer, "Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français", R.S.C. 1987 p. 53 ; L. Favoreu et L. Philip, "Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel", 4e éd. 1986, Sirey p. 508, 509, 510 (décision du Conseil Constitutionnel du 2 décembre 1976) ; p. 477 (Décision du 19-20 janvier 1981) ; F. Loloum et P. Nguyen-Huu, "Le Conseil Constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986", in R.S.C. 1987 p. 565 ; J.P. Costa, "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle", LGDJ 1988 p. 133 ; L. Favoreu, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale" in droit pénal contemporain n° 7 p. 169 et s. ; "Commission justice pénale et droits de l'homme" in la mise en état des affaires pénales présidée par M. Delmas-Marty, La documentation française 1991 ; M. Verdussen, "Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal", Thèse juin 1993.
(17) Loloum et Nguyen Huu, "Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986". R.S.C. 1987, p. 565.
(18) Arrêt du 20 juin 1985, Affaire 141/84. M. de Compte/Parlement européen. Rec. CJCE 1991.
(19) La Cour européenne des droits de l'homme fait découler l'exigence du caractère contradictoire de la procédure de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir affaire Feldbrugge du 29 mai 1986 série A n° 99. Cf. F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit procédural", Universität des Saarlandes, Europa Institut, 1991, p. 15.

Tout d'abord nous sommes dans une période d'incertitude juridique du moins essentiellement quant à la phase préparatoire du procès pénal. En effet une loi est intervenue le 4 Janvier 1993 (20) et a apporté de notables modifications à notre procédure. Les choses ne sont pas simples car l'entrée en vigueur de ces dispositions dépend de quatre dates (21) et des prescriptions transitoires sont prévues. De plus, elles se compliquent du fait du changement récent de majorité politique, l'ancienne opposition ayant prévu dans son programme la réforme voire la suppression du texte. Cette incertitude nous obligera, dans certains développements, à envisager à la fois le droit ancien qui pourrait partiellement redevenir droit positif, et les règles issues de la loi nouvelle qui n'est pas encore applicable en son entier.

Ensuite, il convient de souligner que le principe du contradictoire, s'il est d'une manière générale consacré en procédure pénale française, l'est de façon inégale selon les phases de cette procédure. En effet sa consécration croît au fur et à mesure que l'on avance dans l'instance pénale : fragile au stade de l'enquête, plus assurée à celui de l'instruction, elle l'est totalement à celui du jugement. Toutefois, la France comme beaucoup d'autres pays étrangers (22), influencée sans doute par le développement du droit européen et plus particulièrement celui de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a cessé de renforcer ce dernier au stade de la phase préparatoire du procès pénal. C'est pourquoi, en reprenant la chronologie de celui-ci, afin de vérifier la montée en puissance progressive du principe du contradictoire (23), au développement de ce dernier lors de la phase préparatoire précédera l'examen de sa consécration au cours de la phase décisoire.

I - LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DANS LA PHASE PRÉPARATOIRE

Au fil du temps le principe du contradictoire prend une place de plus en plus importante dans la phase préparatoire. Cependant son développement est inégal : si dans l'instruction préparatoire il est globalement reconnu, ce n'est que depuis peu (24) que l'on peut parler d'une éclosion à son propos durant l'enquête.

A - L'ÉCLOSION DU PRINCIPE DURANT L'ENQUÊTE

Remarquons au préalable que l'enquête, partie de la phase préparatoire du procès est, en principe, secrète, écrite et non contradictoire.

Mais il est un nouvel aspect de notre législation que l'on ne peut ignorer car il traduit une certaine prise en compte du principe du contradictoire. À cet égard il faut se souvenir que l'absence d'avocat avait suscité de nombreuses critiques (25). En

(20) Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale in J.O. du 5 janvier 1993 ; cf. circulaire du 27 janvier 1993 in D.1993, législation p. 222 ; circulaire du ministre de la justice in D.1993-65892 p. 89 ; Joël Boyer "Présentation de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale" in J.C.P. du 10 février 1993, Actualités ; "Réforme de la procédure pénale", in Gazette du Palais du 10-11 février 1993 ; J. LUC "De la présomption d'innocence à la présomption de charges ou l'étrange réforme de procédure pénale de Maître Vauzelle" in Gazette du Palais, 14-16 mars 1993, Doctrine p. 2.

(21) 4/01/93 ; 1/03/93 ; 1/01/94 ; 1/10/94.

(22) Klass-Tiedeman, "Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme", in RIDP 1991, vol. 62, 3ème et 4ème Trimestres, p. 1001 et *s.* ; Cf. "La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé ", RIDP 1985, n° 1 et 2, Vol. 56.

(23) En effet, la phase finale du procès pénal est le moment de la confrontation de tous les éléments d'une affaire : preuves écrites, témoignages, rapports d'experts, ... C'est à ce moment que le principe du contradictoire est totalement consacré.

(24) Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, in J.O. du 5 janvier 1993.

(25) Commission justice pénale et droits de l'homme. in "La mise en état des affaires pénales". Rapports. La documentation française 1991 ; "Le barreau français face aux problèmes actuels de la

effet, puisque souvent la conduite des opérations d'enquête rend nécessaire, le maintien des témoins et suspects à la disposition de la police judiciaire, certains voyaient dans la garde à vue "une intolérable atteinte aux droits de la personne, une espèce de résurgence moyenâgeuse, qui fait livrer un individu, sans défense, aux griffes d'une police féroce, voire brutale" (26). C'est pourquoi, au printemps dernier le ministre délégué à la justice, M. SAPIN annonçait une "grande et large" réforme de la procédure pénale (27) touchant, notamment, le régime de la garde à vue. Au mois de septembre 1992, le garde des sceaux, M. Vauzelle, complétait le texte précédent.

C'est ainsi qu'après l'adoption du projet par l'Assemblée nationale en lecture définitive le 19 décembre 1992, fut créé un article 63-4 du Code de procédure pénale permettant à l'avocat de faire une entrée dans les locaux de garde à vue. Toutefois il semble que le rôle et les pouvoirs de l'avocat sont assez limités durant cette dernière. Celui-ci n'intervient depuis le 1er mars 1993 qu'à partir de la vingtième heure (28) ; il n'a pas droit d'accès au dossier ; n'assiste pas le gardé à vue aux interrogatoires ; enfin, la durée de l'entretien est limitée à trente minutes (29). Le rôle de l'avocat est donc essentiellement de recueillir les observations ou réclamations de la personne gardée à vue, de les noter par écrit (30) afin de pouvoir ultérieurement les contester devant le juge, de lui expliquer le déroulement de la procédure et de lui rappeler les droits qui sont les siens durant cette période (31), ce qui en principe a dû être fait au début de la garde à vue.

Toutefois nombreux sont les scepticismes à vaincre (32). L'application de cette mesure va se heurter à de multiples problèmes pratiques, qu'ils viennent des hommes ou tout simplement de la dure réalité des faits (33). Par ailleurs la présence du conseil ne cautionne-t-elle pas les irrégularités antérieures qui ne pourront par la suite plus être invoquées (34) ? Enfin, avec cette nouvelle disposition, seule la personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction (35) peut être placée en garde à vue,

---

justice pénale", Travaux du 41ème congrès de l'Association nationale des avocats. Toulouse 22-23 mai 1964.

(26) James Sarrazin, cité in F. Ziwie "Droit du détenu et droit de la défense", P.L.M.

(27) "Le Monde" Jeudi 20 février 1992 p. 9.

(28) À compter du 1er janvier 1994, le droit d'assistance du conseil sera prévu dès le début de la garde à vue. Il semble qu'en pratique il n'existe qu'un petit nombre de garde à vue qui se prolonge au-delà de 20 heures. Dans bien des cas, quelques heures d'interrogatoire suffisent pour faire la lumière sur une affaire de délinquance simple.

(29) "Mais que pouvons nous faire après vingt heures de garde à vue et un entretien d'une demi-heure sans avoir accès au dossier". Propos de Me Saint-Ygnan, bâtonnier du barreau d'Auch-Cité, in Le Monde du 19 mars 1993, p. 10.

(30) S'il ne les note pas la procédure est considérée comme régulière.

(31) Ainsi :

- le droit de faire prévenir un membre de la famille de la mesure de garde à vue (sur autorisation du procureur dans certains cas).
- le droit de demander à être examiné par un médecin.
- la durée maximale de la garde à vue.
- le droit qui est le sien de ne pas coopérer et de ne répondre à aucune question.

Rappelons que l'avocat, jusqu'à la fin de la garde à vue, ne peut faire état de cet entretien à quiconque.

(32) Cf. Le Monde du 2 mars 1993 ; Le Monde du 14 janvier 1993.

(33) Tels que par exemple les contraintes de la géographie, le nombre prévisible de gardes à vue comparé au nombre d'avocats... Par ailleurs aucune disposition n'est encore en vigueur pour permettre le financement du service créé à la charge de la profession d'avocat lorsque le bénéficiaire n'est pas en mesure d'y faire face.

(34) Rappelons qu'en matière de nullités, afin d'éviter des annulations de procédure pour des raisons de pure forme, le nouveau texte de la loi du 4 janvier 1993, énumère de manière limitative les dispositions protectrices des libertés individuelles dont la violation sera sanctionnée de nullités (saisies, perquisitions, règles essentielles de la garde à vue, écoutes téléphoniques, etc.). Les avocats qui ne pouvaient soulever les nullités qu'au stade de l'audience, peuvent le faire désormais au cours de l'instruction en saisissant directement la chambre d'accusation. La loi du 4 janvier 1993 étend enfin à l'ensemble des dossiers la procédure qui est la règle pour les affaires criminelles : la clôture de l'instruction purge de manière définitive les irrégularités.

(35) Un suspect.

alors que jusqu'ici toute personne pouvait être retenue pour les nécessités de l'enquête. Ceci ne rend-il pas moins efficaces ces dernières ?

Sans vouloir brosser un tableau trop pessimiste de la nouvelle législation française quant à la garde à vue, on ne peut pour autant ignorer les problèmes que cette dernière va, sans doute, engendrer. C'est pourquoi on peut s'interroger sur une possible remise en cause de cette disposition par le nouveau gouvernement. Tout le débat s'articule alors sur la question de savoir si la présence du conseil constitue ou non un progrès au regard des droits de la défense ? Dans l'affirmative, une nouvelle loi remettant en cause cette mesure pourrait être (en cas de saisine du Conseil Constitutionnel) déclarée inconstitutionnelle et dès lors rendue inapplicable (36). Sur ce point, il semble, au regard des recommandations prises le 20 avril 1993 (37) par le groupe d'experts chargé de dresser un bilan de la loi du 4 janvier 1993 (38), que le principe de l'intervention de l'avocat lors de la garde à vue est irréversible et constitue une véritable avancée de notre droit. Cependant, certaines modifications devraient être apportées. Ainsi, l'avocat n'interviendrait qu'après la vingt-quatrième heure, c'est-à-dire seulement en cas de prolongation de la garde à vue ; la personne ne serait plus autorisée à choisir ce dernier, ceci afin d'éviter des inégalités trop flagrantes et seul un "avocat de permanence" pourrait intervenir ; il aurait connaissance de la nature juridique des faits reprochés à son client et pourrait consulter la copie des procès-verbaux d'auditions (39) ; enfin, avec l'accord de la personne gardée à vue et de son conseil, l'entretien pourrait avoir lieu par téléphone (40). Dans sa conclusion, le groupe de travail souligne que ce dispositif forme "un tout qui lui paraît indissociable". C'est pourquoi à défaut de retenir l'ensemble de ces modifications, il estime qu'il serait alors préférable de maintenir le droit actuel et d'abroger les dispositions devant entrer en vigueur en janvier 1994 (41).

Bien que le principe de la présence du conseil pendant la garde à vue ne soit, au regard de ces recommandations, plus remis en cause (42), en raison du progrès qu'il constitue en ce qui concerne les droits de la défense (43), le débat reste cependant ouvert quant aux modalités d'intervention de ce dernier.

L'éclosion du principe du contradictoire, (suscitant de nombreuses polémiques) étant établie lors de l'enquête, il convient, maintenant, de vérifier sa reconnaissance au cours de l'instruction.

---

(36) Cf. décision 89-260 DC du 28 juillet 1989 et 89-268 DC du 29 décembre 1984, Rec, p. 71 consid. 44-46 et p. 94 consid. 58 ; cf. L. Favoreu, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale ", in Mélanges A. Vitu 1989, Cujas, p. 183-185.

(37) Principales recommandations du groupe de travail sur les modifications susceptibles d'être apportées aux textes résultant de la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. Rapport du 20 avril 1993 (Groupe d'experts composé d'un universitaire, B. Bouloc ; d'un ancien Bâtonnier, J. Wuilque ; de six magistrats du siège et du parquet), in Gazette du Palais 12-13 mai 1993 p. 24.

(38) Cf. Le Monde du 18-19 avril 1993 p. 8, et du 24 avril 1993 p. 10.

(39) Mais pas de l'ensemble de la procédure.

(40) Ceci afin de tenir compte de l'impossibilité de regrouper les "sites de garde à vue".

(41) À compter du 1er janvier 1994, le droit à l'assistance du conseil était prévu dès le début de la garde à vue.

(42) Les sénateurs (en adoptant dans la nuit du 2 au 3 juin 1993, la proposition de loi tendant à réformer le Code de procédure pénale) ont cependant restreint l'exercice de ce droit, en offrant aux officiers de police judiciaire la possibilité de s'opposer à la présence de l'avocat, s'ils invoquent, avec l'accord du procureur de la République, les "nécessités de l'enquête", cf. Le Monde du Vendredi, 4 juin 1993, p. 8.

(43) Remarquons toutefois que l'absence de moyens pour la mise en oeuvre de la réforme du 4 janvier 1993 conduisait à condamner l'effectivité des avancées nouvelles.

B - LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE AU COURS DE L'INSTRUCTION

L'instruction préparatoire est conduite, selon les règles inspirées de la procédure inquisitoire : elle est secrète, écrite, et en principe, non contradictoire. Cependant, les rédacteurs du Code de procédure pénale se sont efforcés d'en atténuer le caractère non contradictoire, "sans prétendre transformer la procédure d'information en une procédure de type accusatoire, ils ont eu l'intention de lui donner un caractère nettement contradictoire" (44). Il faut également remarquer que la réforme nouvelle de la procédure pénale fait glisser de plus en plus vers un modèle de type accusatoire notre instruction préparatoire. Cette émergence du principe du contradictoire se ressent devant le magistrat instructeur, le président du tribunal (ou son délégué) et également au niveau de la Chambre d'accusation.

1. Le contradictoire devant le juge d'instruction

Trois prérogatives s'offrent à l'individu poursuivi : le droit d'être entendu, le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de participer à l'instruction.

a) La présence du "justiciable" est nécessaire. En effet, nul ne peut être jugé devant le tribunal correctionnel, ni mis en accusation devant la Cour d'assises, s'il n'a pas fait l'objet d'un interrogatoire ou si, à défaut, il n'a pas été dûment appelé à cette fin (45). En réalité, ce n'est pas l'interrogatoire en soi, qui est indispensable, c'est l'effort fait par le juge d'instruction pour qu'il ait lieu (46).

b) Il résulte des formalités prévues par les articles 144 et suivants du Code de procédure pénale, que la personne poursuivie a droit à l'assistance d'un avocat. Toutefois, dans ce domaine la loi du 4 janvier 1993 a apporté certaines modifications, c'est pourquoi nous verrons dans un premier temps le système existant avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puis cette dernière qui remplace l'inculpation par un système à deux vitesses (47).

Ainsi, dans l'ancien système ces formalités différaient fondamentalement, selon que l'individu comparaissait ou non pour la première fois devant le juge : à l'interrogatoire de première comparution, il faut opposer les interrogatoires ultérieurs (48).

L'interrogatoire de première comparution est un acte fondamental. C'est lui qui faisait passer la personne du statut de simple témoin à celui d'inculpé, ce qui entraînait un grand nombre de conséquences (49). Il est donc important de savoir comment se réalise la première comparution et quand le juge doit y procéder.

Quant aux formalités, en premier lieu le juge devait avertir l'individu qu'il était libre de ne faire aucune déclaration (50), ceci lui permettant de ne parler qu'ultérieurement, en présence de son avocat. En second lieu, si donc l'inculpé refusait de parler, le magistrat donnait avis à l'intéressé de son droit d'être assisté d'un

(44) Brouchot, cité in Olagnier, "Le principe du contradictoire", XIIIe Colloque des I.E.J. Aix-en-Provence 1980.
(45) Flecheux, "Le droit d'être entendu", in études Bellet, p. 149.
(46) Pradel, "Les grands arrêts du droit criminel", Tome 2, n° 19, p. 130 et s.
(47) Sur ce point cf. Commission justice pénale et droits de l'homme, in "la mise en état des affaires pénales" Rapports, La documentation française 1991 ; loi du 4 janvier 1993 in J.O. du 5 janvier 1993.
(48) Pradel, "Instruction préparatoire", précité, p. 356 et s.
(49) Droit à l'assistance d'un avocat, droit d'accès au dossier, connaissance des faits dont le juge d'instruction est saisi et pour lesquels la personne était inculpée.
(50) Article 114 du CPP. Cf. Delmas-Marty, "Le droit au silence en procédure pénale", in mélanges Teneur, Tome 1, 1977, p. 273.

avocat. À la suite de cet avis, soit l'individu désirait l'assistance d'un avocat, le juge dans ce cas ne pouvait plus l'interroger (51), soit il ne voulait pas de conseil, le juge pouvait alors entreprendre aussitôt l'interrogatoire sur le fond.

Quant au moment de l'interrogatoire de première comparution, comme on le sait, c'était rechercher la période à partir de laquelle le juge devait inculper, l'inculpation donnant à l'individu l'accès aux droits de la défense. Ainsi, le juge ne devait pas inculper, ni trop tôt, pour ne pas nuire à la réputation de la personne poursuivie, ni trop tard, pour ne pas la démunir de ses droits à se défendre (52). En définitive, l'interrogatoire de première comparution avait surtout pour objet d'informer l'intéressé des faits qui lui étaient reprochés et de lui permettre d'être assister de son conseil.

Les interrogatoires ultérieurs devaient donc être effectués en présence du défenseur (53), ce qui impliquait pour le juge de devoir informer ce dernier. Cette obligation d'information entraînait trois règles. Tout d'abord si l'inculpé était détenu, le magistrat devait accorder à ce conseil, aussitôt après la première comparution, un permis de communiquer (54). Ensuite, le juge devait communiquer à l'avocat la procédure, deux jours ouvrables au plus tard, avant chaque interrogatoire (55). Remarquons que la communication profitait au défenseur seul, et non à l'inculpé (56). Enfin, le conseil était avisé dans les délais les plus brefs de toute ordonnance juridictionnelle, soit par lettre recommandée, soit verbalement avec émargement au dossier de la procédure (57).

Selon les nouvelles dispositions de la loi de 1993 (58), afin de garantir la présomption d'innocence, l'inculpation (59) a été remplacée par un système dissociant l'exercice des droits de la défense de la notification des charges.

- La mise en examen, qui remplace l'inculpation, suppose qu'il existe à l'encontre d'une personne des indices graves et concordants faisant présumer qu'elle a participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi par le réquisitoire introductif (60). Elle a alors le droit d'être assisté d'un avocat de son choix ou commis d'office et ne peut plus être entendue comme témoin. Ainsi l'ancienne notion d'inculpation fondée sur l'existence d'indices graves et concordants de culpabilité, est abandonnée comme la notion de témoin assisté (61). Comme par le passé, il faut distinguer la première comparution des interrogatoires ultérieurs.

La personne étant avisée qu'elle est mise en examen avant la première comparution, les formalités et la nature de celle-ci sont profondément remaniées. Ainsi, l'avocat est convoqué cinq jours avant la première comparution et la procédure est

(51) Toutefois, l'individu pouvait renoncer à la présence de celui-ci, en acceptant d'être interrogé immédiatement, la renonciation ne valant que pour l'interrogatoire en cours, les interrogatoires ultérieurs nécessitant la présence de celui-ci.
(52) Pradel, "Procédure pénale", Ed. Cujas, 1990, p. 422.
(53) Ancien article 118 alinéa 2 du CPP.
(54) Ancien article 116 du CPP.
(55) Ancien article 118 du CPP.
(56) Crim. 2 mai 1903, D.P. 1905-1-24 ; Crim. 9 février 1978, Bull. n° 52. Sur ce point, cf. Chambon, "Le juge d'instruction", 3ème Éd. Dalloz, 1985, p. 249 et s.
(57) Ancien article 183 alinéas 1 et 2 du CPP.
(58) Cf. J.O. du 5 janvier 1993 p. 215 ; Circulaire du 27 janvier 1993 in D.1993, "législation" ; J. Boyer, "Présentation de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale" in J.C.P. 10/02/93, "Actualités".
(59) L'inculpation était devenue, selon les rédacteurs de la nouvelle loi, aux yeux de l'opinion publique un préjugement de culpabilité. La charge sémantique du mot "inculpation" que notre droit connaît depuis le XVIe siècle et que les dictionnaires définissent comme le fait de "charger quelqu'un d'une faute" y concourait fortement.
(60) Notons dorénavant que, toute personne nommément visée dans une plainte avec constitution de partie civile est mise en examen.
(61) Ancien article 104 du CPP.

mise à sa disposition quatre jours ouvrables avant qu'elle n'ait lieu. Toutefois, lorsqu'une personne est "déférée" c'est-à-dire qu'elle est déjà arrêtée et que la première comparution va être immédiate, la procédure est alors mise sans délai à la disposition de l'avocat. Le conseil assiste ainsi à la première comparution. Le magistrat fait connaître expressément à la personne poursuivie chacun des faits dont il est saisi et peut désormais procéder à l'interrogatoire dès la première comparution, ce qui est le corollaire de l'organisation préalable de la défense et de la communication du dossier. Cependant, il est important de noter que lorsque la personne mise en examen est "déférée", elle ne peut être interrogée sans son accord qui doit être recueilli en présence de l'avocat. En l'absence de celui-ci, c'est l'ancien système qui reste en vigueur, le juge ne pouvant alors recueillir que des déclarations spontanées.

Lors des interrogatoires ultérieurs, le dossier est à la disposition des conseils tous les jours ouvrables et ces derniers peuvent se faire délivrer des copies à leurs frais pour leur usage exclusif. Cette communication permanente du dossier constitue un progrès incontestable.

- La notification des présomptions de charges est faite lorsque l'information paraît terminée au juge d'instruction. Il donne, en premier lieu connaissance à la personne mise en examen, en présence de son avocat, des présomptions de charges d'infractions pénales réunies contre elle et recueille les observations de l'intéressé. Ensuite, ce dernier rend une ordonnance de "présomptions de charges constitutives d'infraction pénale".

La loi nouvelle a en ce domaine modifié de nombreuses dispositions de notre procédure pénale. Cependant, en raison du récent changement de majorité politique à l'Assemblée nationale, il faut être prudent et envisager un possible retour du système ancien ou tout au moins des réformes partielles. En effet, dans la déclaration de politique générale prononcée le Jeudi 8 avril 1993, M. Balladur propose, sans plus de précisions de distinguer "les dispositions qui méritent d'être maintenues parce qu'elles correspondent à un progrès de notre droit" de celles "qui doivent être modifiées". Pour cela, un groupe d'experts (62) réunissant des praticiens de "terrain" était chargé de dresser le bilan des nouvelles dispositions. Le groupe de travail a rendu son rapport au Garde des Sceaux le Jeudi 22 avril 1993. Il préconise un aménagement de la mise en examen (63).

c) Si le législateur a voulu que la personne poursuivie connaisse les éléments du dossier soit par l'intermédiaire de son conseil (64), soit, dans certains cas, directement (65), c'est pour lui permettre de participer à l'instruction, la conduite de celle-ci étant réservée au juge. À cet égard d'ailleurs, ses droits traditionnels viennent d'être renforcés.

Déjà, elle pouvait, d'elle-même, présenter des observations par voie de conclusions écrites ou orales (66) et, en matière d'expertise, elle pouvait réclamer l'accomplissement d'actes au juge qui devait alors y répondre (67). L'instruction

(62) Ce groupe comprend un universitaire spécialiste du droit pénal (B. Bouloc), un ancien bâtonnier (J. Wuilque) et six magistrats du siège et du parquet.
(63) L'ordonnance de renvoi, à laquelle avait été substituée l'ordonnance de présomption de charge devrait être rétablie, cf. "Le Monde" du 18-19 avril 1993 p. 8, du 24 avril 1993 p. 10, Gazette du Palais 12-13 mai 1993 p. 27.
(64) Seul habilité à consulter les pièces du dossier.
(65) Il se voit communiquer les conclusions de l'expertise, assiste aux perquisitions et saisies effectuées à son domicile et évidemment aux confrontations.
(66) Cependant, la présence de l'avocat est indispensable, au cours des interrogatoires, c'est à lui seul de poser les questions. Article 120 du CPP.
(67) Articles 156 alinéa 1, 165 et 167 alinéa 1 du CPP.

devant le magistrat ne laissait donc pas la personne poursuivie totalement sans défense (68).

Mais, avec l'entrée en vigueur de la loi de Janvier 1993, celle-ci voit ses droits se renforcer grandement (69). Ainsi, toute partie peut faire des demandes d'investigation auxquelles le juge d'instruction sera tenu de répondre dans un délai d'un mois par une ordonnance motivée susceptible d'appel devant la Chambre d'accusation. De même, afin d'éviter l'enlisement des procédures, toute personne mise en examen qui n'a pas été entendue depuis trois mois peut dorénavant demander à être interrogée par le juge qui devra le faire dans un délai de quinze jours (70). Enfin, au bout d'un an, les parties pourront demander au juge qu'intervienne un règlement de la procédure, le juge devant répondre dans un délai d'un mois par une ordonnance motivée, faute de quoi les parties pourront saisir la Chambre d'accusation (71).

2. Le contradictoire devant le juge délégué

Sous l'ancienne loi, avant de placer une personne en détention provisoire, le juge d'instruction devait tenir une audience de cabinet durant laquelle il entendait, contradictoirement les réquisitions du ministère public et les observations de la défense. Cette dernière pouvait solliciter un délai pour les préparer (72). Avec la loi de 1993, qui dépossède le juge d'instruction d'une partie de ses pouvoirs (73), le précédent débat contradictoire est remplacé par une audience devant le président ou le juge délégué par lui. En pratique, désormais, c'est ce dernier qui se substitue au juge d'instruction pour entendre en chambre du conseil, les réquisitions du ministère public puis les observations de la personne.

Il est intéressant de noter que le principe du contradictoire n'a cessé de s'étoffer en cette matière. En effet, pendant longtemps le magistrat instructeur décidait de la mise en détention sans le moindre débat et sans la présence d'un avocat. Une première loi du 5 août 1975 introduisit l'avocat et une seconde du 9 juillet 1984, créa un débat contradictoire dans le cabinet du juge d'instruction, débat qui dorénavant se déroule en chambre du conseil devant le juge délégué. Dans un domaine qui touche directement à la liberté de l'individu ont peut se féliciter d'une telle évolution.

Cependant, ici encore la prudence est de rigueur, l'actuel Garde des sceaux a la lourde tache de rédiger un projet de réforme du Code de procédure pénale. De nouvelles mesures touchant à la détention provisoire devraient être adoptées. Le gouvernement, semble-t-il, a le choix entre trois solutions : maintenir le système actuel du juge délégué, adopter le dispositif qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 1994 : une détention confiée au président du tribunal assisté de deux assesseurs ou redonner au juge d'instruction le pouvoir de placer en détention provisoire. Cette dernière possibilité a été retenue par le groupe d'experts présidé par Monsieur Bouloc, créant toutefois une nouvelle garantie en prévoyant, en cas d'appel contre la décision de placement en détention, que la personne mise en examen puisse demander au président du

(68) F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal procédural", Universität des Saarlandes, Europa Institut, 1991, p. 19-20.
(69) Cf. F. Boulan, "La réforme de l'instruction", in Mélanges A. Vitu, éd. Cujas, 1989, p. 57 et s.
(70) Il semble au regard des recommandations rendues par ce groupe d'experts le 20 avril 1993 que cette prérogative soit remise en question. Cf. Gazette du Palais 12-13 mai 1993, p. 28.
(71) Cette possibilité est également mise en cause par les recommandations du groupe de travail du 20 avril 1993, Gazette du Palais 12-13 mai 1993, p. 28.
(72) Ancien article 145 du CPP.
(73) À compter du 1er janvier 1994, la détention provisoire sera prescrite ou prolongée par une "chambre" composée d'un magistrat du siège désigné par le président du tribunal de grande instance et de deux assesseurs. En attendant l'entrée en vigueur de cette mesure, le président du tribunal ou le magistrat délégué par lui, prescrira ou prolongera à titre transitoire la détention provisoire à la demande du juge d'instruction.

tribunal de décider que ce dernier soit suspensif de l'exécution de la décision du magistrat instructeur. Il s'agirait là d'un véritable "référé liberté" (74), organisé dans des délais très brefs (deux jours ouvrables) après un débat contradictoire.

3. Le contradictoire devant la Chambre d'accusation

Diverses règles là encore traduisent le principe du contradictoire.

En effet, la procédure en vigueur devant la Chambre d'accusation permet aux intéressés de bénéficier d'un certain nombre de droits leur offrant la possibilité de se défendre efficacement.

En premier lieu, avant l'audience, le procureur général doit faire connaître, à l'inculpé et à son conseil, la date à laquelle l'affaire sera appelée. Ainsi, la défense prendra connaissance du dossier (75) avant les débats. Des mémoires pourront également être déposés jusqu'au jour indiqué, la Chambre d'accusation étant alors tenue d'y répondre.

En deuxième lieu, lors de l'audience, d'un côté la défense présente des "observations orales", sollicite, si besoin est, tout acte d'information complémentaire (article 201 du CPP), de l'autre, la juridiction peut ordonner la comparution personnelle de l'inculpé, ainsi que l'apport de pièces à conviction, notamment, en vue de son pouvoir de révision.

En dernier lieu, l'inculpé, s'il est présent, ou son conseil, doivent avoir la parole les derniers (76).

L'évolution du droit positif quant à la phase préparatoire du procès pénal a engendré une progression du principe du contradictoire. Principe qui était déjà bien implanté lors de la phase décisoire de ce dernier.

II - LA CONSÉCRATION DU PRINCIPE LORS DE LA PHASE DÉCISOIRE

Le procès pénal, devant les juridictions de jugement, est essentiellement contradictoire (77). Il importe donc, d'étudier la contradiction "comme trait principal de la procédure d'audience, comme la pierre angulaire de toutes les garanties en faveur de la personne poursuivie" (78). Ces garanties apparaissent aussi bien, lors de la préparation du débat que lors du déroulement de ces derniers.

A - LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE LORS DE LA PRÉPARATION DES DÉBATS

Le principe du contradictoire se manifeste, d'abord, dans la préparation des débats. Il tend à faciliter la défense de la personne poursuivie afin de la rendre utile et efficace, et à égaliser les armes entre l'accusation, ministère public et la défense.

C'est pourquoi la personne poursuivie se voit accorder, par le principe du contradictoire, le droit d'être informée préalablement, de disposer du temps suffisant pour préparer sa défense, ainsi que le droit à l'assistance d'un avocat et d'un interprète.

---

(74) Cf. F. Boulan, "La réforme de l'instruction" in Mélanges A. Vitu, 1987, Cujas p. 58 ; S. Lasvignes et M. Lemonde, "Le procès pénal en France "in Procès pénal et droits de l'homme vers une conscience européenne, sous la direction de M. Delmas-Marty, P.U.F. 1992.

(75) Articles 197 et 209 du CPP.

(76) Crim. 28 septembre 1983, D.84.II.156.

(77) Olagnier, "Le principe du contradictoire", XIIIème colloque des I.E.J., Aix-en-Provence 1980, p. 3.

(78) Bakas, "Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie", Thèse, Paris II, 1982, p. 672.

1. Le droit à l'information

Selon l'article 6 §3 a de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est dans les plus courts délais et dans une langue qu'il comprend, que l'accusé doit être informé, de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

La Commission européenne a bien précisé que cette information concerne, non seulement, la cause de l'accusation, c'est-à-dire les faits matériels qui sont mis à sa charge et qui sont à l'origine de son inculpation, mais aussi, la nature de l'accusation, c'est-à-dire la qualification juridique des faits matériels (79). Cette clause a, assez rarement, été évoquée devant la Cour. Dans l'arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984, ce grief a été discuté mais déclaré non-fondé par la Cour (80).

En tout cas, il n'est pas étonnant que selon la Chambre criminelle (81) pour "être mis en mesure de se défendre", l'intéressé doit savoir exactement, "la nature de la cause de la prévention dont il est l'objet".

Cette connaissance est portée à l'intéressé :

- devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police par la signification d'une citation (82) qui énonce le fait poursuivi et vise le texte de loi qui le réprime. Si la poursuite a été précédée d'une instruction préparatoire, le prévenu aura reçu préalablement à l'assignation, la signification de l'ordonnance de renvoi, qui indique la qualification légale du fait retenu et les motifs pour lesquels il existe des charges suffisantes. En cas de poursuite en flagrant délit, la notification des faits reprochés est effectuée, lors de l'interrogatoire du procureur de la République (83).

- devant la Cour d'assises par la signification de l'arrêt de mise en accusation qui doit contenir "à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des faits, objets de l'accusation" (article 215 du CPP).

Bien plus, l'information des parties ne doit pas se limiter à "une qualification générale ou générique des faits" (84), mais être étendue à tout élément de nature à exercer une influence sur l'issue du procès pénal. Ainsi, l'information doit porter, non seulement sur les faits de la prévention, mais aussi sur tous les éléments de la cause susceptibles d'être retenus à la charge de l'intéressé (85) et sur lesquels celui-ci doit être mis en mesure de se défendre. Selon la Chambre criminelle, la personne doit être mise en mesure de se défendre d'une part, sur les divers chefs d'infraction qui lui sont imputés, d'autre part, sur chacun des éléments constitutifs et les circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge (86). De même, l'information ne concerne pas seulement l'objet de l'accusation et de tous ses éléments, mais aussi tous ses aspects qui sont de nature à exercer une influence sur l'issue du procès pénal. Par exemple, il peut s'agir de documents, de pièces de la procédure qui permettent au juge de se prononcer sur la culpabilité du prévenu. Toutefois on peut ici

(79) Poncet, "La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme", Librairie de l'Université de Genève, Georg. 1977, p. 134.
(80) Cohen-Jonathan, "La Convention européenne des droits de l'homme", Économica, P.U.F. 1989, p. 439.
(81) Crim. 5 décembre 1978, Bull. n° 346, R.S.C. 1979 p. 349 observ. Robert, Gazette du Palais 1979. I.149 note Pettiti ; Pradel et Varinard "Les grands arrêts de droit criminel", Tome 1, Sirey 1984 n° 84.
(82) Article 551 alinéa 2 du CPP.
(83) Olagnier, précité, p. 10 ; article 393 du CPP.
(84) Koering-Joulin, Gallet, "L'application de la Convention devant les juridictions répressives", in Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme, devant les juridictions judiciaires françaises, Ouvrage collectif, Éd. N.P. Engel, Strasbourg, 1985, p. 121.
(85) Crim. 11 avril 1933, Bull. n° 86.
(86) Olagnier, précité, p. 10 ; Crim. 28 octobre 1981, Bull. n° 285, D. 1983, IR, 75, Observ. Roujou de Boubee ; Crim. 9 juillet 1980, Bull. n° 222.

s'interroger sur la légalité de la théorie dite de la "peine justifiée" qui permet à la Cour de cassation de modifier sans renvoi, en cas d'erreur juridique de la part du juge du fond, la qualification pénale précédemment retenue, si elle estime qu'une nouvelle qualification susceptible de justifier la peine peut être prise (87). L'intéressé ne sera donc plus en mesure de se faire entendre. En effet, selon la jurisprudence de la Cour suprême (88) ce dernier n'a plus d'intérêt à s'expliquer puisque la peine aurait été la même si les premiers juges avaient appliqué le texte exact. Or il est indéniable que la défense que l'on peut prévoir pour une infraction n'est pas identiquement la même pour une autre (89), ne serait-ce que parce que l'élément moral n'est pas le même (90). On peut légitimement s'interroger sur la compatibilité d'un tel système au regard des principes généraux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme (91) et notamment celui du procès équitable prévu à l'article 6 qui précise au paragraphe 3a que la personne poursuivie doit être informée, de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle.

Enfin, il va sans dire que le prévenu doit avoir connaissance de la tenue du procès. Pour cela, il doit être informé de la date, de l'heure et du lieu de l'audience où l'affaire sera jugée.

2. Le droit de disposer du temps suffisant pour préparer sa défense

Pour apprécier si, dans un cas donné, "le droit garanti par l'article 6 §3 b de la Convention européenne des droits de l'homme a été respecté, il faut tenir compte de l'ensemble de la situation faite à la défense, c'est-à-dire aussi bien à l'accusé qu'à son avocat, tout au long de la procédure" (92). "Pour déterminer si la défense avait disposé du temps suffisant, la Commission considère les circonstances propres à chaque cas d'espèce, en tenant compte notamment, de la complexité de l'affaire et de la nature des problèmes évoqués" (93).

En procédure pénale française, le délai qui doit séparer la notification de la citation directe du jour de l'audience devant le tribunal correctionnel ou de police est "d'au moins dix jours, si la partie citée réside dans un département de France métropolitaine" et de deux à cinq mois si l'intéressé réside hors de France (article 552 du CPP). Ces mêmes délais doivent être observés pour la signification d'une ordonnance ou d'un arrêt de renvoi devant le tribunal de police ou devant le tribunal correctionnel (article 180 du CPP).

En cas de convocation du prévenu par procès-verbal (94), celui-ci est invité à comparaître devant le tribunal correctionnel dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours, ni supérieur à deux mois. De plus, dans le cadre de la procédure de

(87) J.C. Soyer, "Droit pénal et procédure pénale" 9ème éd. 1992, p. 334 n° 651.
(88) J.C. Soyer, précité, p. 334 n° 651.
(89) La défense ne sera pas la même si l'individu est condamné pour escroquerie, faux en écriture privée ou abus de confiance.
(90) F. Boulan, "La Convention des droits de l'homme et le droit pénal procédural", Universität des SAARLANDES, Europa Institut, 1991 p. 6 et 7, et "La réforme de l'instruction" in Mélanges A. Vitu, Cujas 1989 p. 61 ; Merle et Vitu, "Traité de droit criminel", Droit pénal spécial, Cujas Tomé 1 n° 14 ; P. Morlet, "Changement de qualification : droits et devoirs du juge", in R.D.P. 1990 p. 561 et s.
(91) Cf. F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal procédural", Universität des SAARLANDES, Europa Institut, 1991 ; également F. Boulan "La réforme de l'instruction" in Mélanges A. Vitu, Cujas 1989 p. 59.
(92) Cohen-Jonathan, précité, p. 439.
(93) Cohen-Jonathan, précité, p. 440.
(94) Cette convocation a lieu lorsqu'à la suite d'une enquête de police relevant d'une infraction, celui qui paraît être l'auteur se trouve "déféré au parquet", c'est-à-dire amené devant le procureur de la République pour que le ministère apprécie l'opportunité des poursuites. S'il existe contre le "déféré" des preuves et qu'aux yeux du parquet, le Tribunal soit en mesure de se prononcer, le procureur peut l'inviter à comparaître.

comparution immédiate devant le tribunal correctionnel et notamment, dans l'hypothèse où la réunion du tribunal est possible le jour où le prévenu est présenté au parquet, le président avertit le prévenu, qu'il peut bénéficier d'un délai pour préparer sa défense qui ne peut être inférieur à deux semaines, ni supérieur à six semaines (article 397-1 du CPP). Il ne peut, en aucune façon, être jugé le jour même, s'il n'a pas donné son accord en présence de son avocat (article 397 du CPP). Mais l'on peut, dans ce dernier cas, se demander si les conditions d'une défense réelle et efficace sont réunies, "l'étude approfondie d'un dossier pénal supposant du temps pour être utile" (95).

Enfin, les débats devant la Cour d'assises, ne peuvent s'ouvrir, moins de cinq jours après l'interrogatoire de l'accusé par le président, afin que celui-ci, ait le temps de préparer sa défense (96) et la signification à l'accusé de la liste des témoins et des experts doit avoir lieu, au plus tard, vingt-quatre heures avant l'ouverture des débats (article 281 du CPP).

3. Le droit à l'assistance d'un avocat (97)

Selon la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 6 §3 c "garantit à l'accusé trois droits : se défendre lui-même, avoir l'assistance d'un défenseur de son choix, et sous certaines conditions, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office" (98). Par ailleurs, la Commission estime qu'il doit s'agir d'une défense non pas "théorique ou illusoire" mais "concrète et effective", conformément au but de la Convention et "...au rôle éminent que le droit à un procès équitable...joue dans une société démocratique" (99).

Il n'est donc pas étonnant qu'en procédure pénale française, l'avocat soit "l'un des acteurs naturels du procès pénal" (100). La présence du défenseur est intimement liée à celle de la personne jugée, celui-là est "l'oreille et la bouche juridique" de celle-ci (101).

L'assistance de l'avocat, surtout à l'audience, constitue une garantie des droits de la défense. Elle est tantôt obligatoire, tantôt facultative.

Tout d'abord, la présence d'un conseil est obligatoire devant la Cour d'assises (article 317 du CPP), les tribunaux pour mineurs (article 10 alinéa 1 de l'ordonnance du 2 février 1945), les tribunaux militaires (article 222 du Code de justice militaire) et lorsque le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense (article 517 alinéa 4 du CPP). On remarquera toutefois, que devant la Cour d'assises, le président peut autoriser à titre exceptionnel, l'accusé à prendre, pour conseil, un de ses parents ou amis (article 275 alinéa 2 du CPP).

Ensuite, devant les juridictions correctionnelles ou de police (article 417 du CPP), le prévenu a la faculté de se faire assister par un conseil, en particulier s'il n'a pas fait le choix d'un avocat avant l'audience et s'il demande à être assisté, le président commet d'office un avocat. Mais s'il entend se défendre seul, il ne peut paradoxalement, comme en matière criminelle, demander à être assisté par un parent ou ami.

(95) Puech, Com. n° 83-566 de la loi du 10 juin 1983, ALD 1983, 105 p. 119.
(96) Crim. 5 mars 1968, Bull. n° 73, R.S.C. 1968, 873 Observ. Robert.
(97) Cf. Affaire Phamhoang du 25 septembre 1992 Série A n° 243 ; J.C.P. 1993 n° 8 (24 février 1993), chronique F. Sudre n° 3654 p. 94 et s.
(98) Cohen-Jonathan, précité, p. 440 ; Poncet, "La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme", librairie de l'Université de Genève, Georg. 1977, p. 161.
(99) Cohen-Jonathan, précité.
(100) Léger, "La phase décisoire du procès pénal en droit comparé", RTDP 1985, p. 11.
(101) Blondet, "Le secret professionnel" in Mélanges PATIN, Cujas, 1965 p. 100.

Qu'elle soit obligatoire ou facultative, l'assistance d'un avocat s'accompagne, bien sûr pour celui-ci, d'un certain nombre de droits : droit à la consultation du dossier, droit de communiquer avec son client...

4. Le droit à l'assistance d'un interprète

Le droit à l'assistance d'un interprète se trouve mentionné expressément à l'article 6 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme : "tout accusé a droit notamment à...se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience". Il est important de noter que cette disposition s'applique, incontestablement aussi, à la phase de l'instruction préparatoire, et même de l'enquête de police (102).

La Cour estime que l'article 6 §3 c comporte, pour quiconque ne parle pas ou ne comprend pas la langue employée à l'audience, le droit d'être assisté gratuitement, d'un interprète, sans pouvoir se voir réclamer après coup, le paiement des frais résultant de cette assistance. La Cour précise que cette garantie ne se limite pas à l'interprétation à l'audience, mais qu'elle doit s'étendre à la traduction ou l'interprétation de tous les actes de la procédure engagée contre l'accusé, qu'il lui faut comprendre pour bénéficier d'un procès équitable (103).

En droit français, l'assistance gratuite d'un interprète est prévue aussi bien en matière correctionnelle (articles 407, 408 du CPP), de police (article 535 du CPP) que criminelle (articles 344 et 345 du CPP). Les juges du fond apprécient souverainement, si un prévenu a une connaissance suffisante de la langue française, pour être utilement informé des faits qui lui sont reprochés, et s'en expliquer (104). Mais l'ignorance de celle-ci ne se présume pas, quelle que soit la nationalité du délinquant (105). En outre, la désignation d'un interprète doit avoir lieu, lorsque le délinquant est sourd et muet, et qu'il ne sait pas écrire (106). Il va sans dire que la mission de l'interprète et de l'avocat se poursuit tout au long des débats et déborde largement la phase de leur préparation. Cela nous conduit donc à envisager celle de leur déroulement.

B - LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE LORS DU DÉROULEMENT DES DÉBATS

Le principe du contradictoire prend ici toute son importance. Il implique que divers droits soient reconnus à la personne poursuivie : le droit d'accès au prétoire, le droit à la parole, le droit de citer et d'interroger les témoins et le droit de contester les affirmations des experts.

1. Le droit d'accès au prétoire

Aux audiences des juridictions de jugement, la présence du justiciable est considérée comme indispensable aux débats contradictoires (107).

"La libre défense des parties implique leur présence à toutes les phases du procès..." (108). Cette présence physique, lors des débats devant les juridictions de

(102) Sur ce point, Poncet "La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme", précité, p. 139.
(103) Arrêt du 28 novembre 1978, "Luedicke, Belcacem et Koç"./R.F.A. in série A n° 29.
(104) Crim. 30 juin 1981, Bull. n° 225.
(105) Crim. 11 mars 1970, Bull. n° 99.
(106) Articles 408 alinéa 3 et 345 alinéa 3 du CPP.
(107) Olagnier, précité, p. 4.
(108) Merle et Vitu, "Traité de droit criminel", Tome 2, procédure pénale, Éd. Cujas, 1979, n° 1405.

jugement, est tellement nécessaire, que les procédures permettant de s'y soustraire, dans certains cas, restent "fragiles". Ainsi, s'il est en liberté, la procédure par défaut, en matière correctionnelle ou de police et de contumace, en matière criminelle, permettent de le juger malgré tout, mais les décisions rendues sont annulées soit par l'opposition, soit par la purge de la contumace.

Si l'on examine les différentes procédures devant diverses juridictions de jugement, on s'aperçoit que la comparution personnelle de l'individu est, non seulement nécessaire, mais quasiment obligatoire.

Devant la Cour d'assises, la procédure pénale française n'admet pas qu'une condamnation exécutoire puisse être prononcée contre un accusé représenté par un défenseur. En principe, donc, l'accusé sera présent.

Devant la juridiction correctionnelle, le prévenu peut se faire autoriser à ne pas comparaître et, néanmoins, être jugé contradictoirement dans certaines hypothèses prévues par les articles 411 et 416 du Code de procédure pénale. Dans cette hypothèse, le prévenu n'est pas "représenté" par l'avocat, mais simplement "autorisé" à présenter sa défense. Malgré l'absence du prévenu, il sera ainsi, jugé contradictoirement et ne pourra pas faire opposition (109).

Enfin, devant le tribunal de police : si le contrevenant n'encourt pas d'emprisonnement, alors "...la dispense de comparution est...un droit, dont l'usage n'est subordonné à aucune autorisation du tribunal". Si au contraire, il encourt une peine d'emprisonnement, alors il devra obtenir, s'il ne comparaît pas, une dispense du juge (110).

La présence de l'individu, ou à défaut son défenseur est, comme on peut le constater, nécessaire voire indispensable, pour la bonne marche du procès pénal devant les juridictions de jugement (111).

2. Le droit à la parole (112)

Ce droit à la parole présente, pour la personne poursuivie, trois composantes : le droit d'être entendu ou de se taire, le droit de parler librement, le droit de parler en dernier.

a) Le droit d'être entendu ou de se taire

- En ce qui concerne le droit d'être entendu, il faut souligner que l'interrogatoire est un moyen important de défense. En effet, le président procède à l'interrogatoire de la personne poursuivie sur le fond et reçoit ses déclarations (113). Souvent, cette formalité est faite en début d'audience, après la lecture de l'acte saisissant la juridiction (114), puis après chaque déposition des témoins, comme un moyen de discuter les preuves (115).

---

(109) Merle et Vitu, précité, n° 1437.
(110) Article 544 alinéa 1 du CPP ; Meurisse, "Représentation du prévenu devant le tribunal correctionnel et de police", RIDP 1967, p. 339.
(111) Eu égard au principe du contradictoire.
(112) À partir du 1er octobre 1994, le président du tribunal ou de la cour n'aura plus la direction des débats qui porteront d'abord, sur les faits reprochés, puis sur la personnalité du prévenu ou de l'accusé. Si le président de la juridiction le souhaite, il peut décider d'appliquer ces mesures dès le 1er mars 1993 après avoir recueilli l'accord des parties, de leurs avocats et du ministère public. Cependant, avec le changement de majorité opéré en mars 1993, il semble que ces dispositions vont être supprimées avant même qu'elles ne soient entrées en vigueur.
(113) Articles 442, 328, 513, 536 du CPP.
(114) Crim. 11 avril 1967, Bull. n° 114, Cf. articles 327, 406 du CPP.
(115) Merle et Vitu, précité, p. 200.

Il convient également de noter que l'interrogatoire a un caractère nettement contradictoire, car, à l'issue de celui-ci, le ministère public, la partie civile, la défense ainsi que les jurés et les assesseurs devant la Cour d'assises, peuvent poser des questions au délinquant, par l'intermédiaire du président (116). Toutefois, le rôle du président est, d'un bout à l'autre des débats, prépondérant. L'on peut alors, se demander si le principe du contradictoire et, avec lui, les droits de la défense, sont bien protégés. En effet, le président pourrait avoir certains préjugés, en insistant alors sur les éléments à charge, plus qu'à décharge.

C'est pourquoi, certains auteurs (117) ont suggéré d'appliquer le système de common law de la "cross examination" (118). En droit anglais si la personne poursuivie plaide coupable, la recherche des preuves s'arrête, les témoins ne sont pas entendus et le juge prononce la sentence. Dans le cas où elle plaide non coupable (not guilty) elle est interrogée par l'accusation et la défense (119) ; le juge est dès lors neutre, jouant le rôle d'un arbitre impartial. Le juge anglais doit donc se tenir au dessus du débat. On estime outre-Manche qu'un juge trop interventionniste risque de manquer d'objectivité, même inconsciemment. Cependant, il n'est pas évident que le système anglais donne de meilleurs résultats. En effet, ce n'est que tardivement, après que tous les témoins du poursuivant aient été entendus et facultativement, en tant que témoin ordinaire, que l'accusé peut être amené à parler.

Néanmoins, la réforme de janvier 1993 précédemment invoquée se dirige vers des débats plus équilibrés. En effet, normalement à partir du 1er octobre 1994 le président de la juridiction n'aura plus la direction des débats mais en assurera seulement le bon déroulement. C'est à la lumière d'expériences faites antérieurement à Paris devant la 23ème Chambre correctionnelle (120) qu'une telle réforme a été introduite, laquelle d'ailleurs a pu être appliquée dès janvier 1993 par le président de la juridiction avec l'accord des diverses parties. Cette réforme est remise en cause par le groupe de travail présidé par Monsieur (121) qui estime qu'un tel renforcement du caractère contradictoire de l'audience est aujourd'hui prématuré et qu'il convient d'abroger les dispositions de la loi du 4 janvier 1993 qui modifient les règles de tenue des audiences pénales.

- En ce qui concerne le droit au silence, il importe d'observer que l'individu a toujours la liberté de refuser de répondre s'il estime qu'une telle attitude est plus conforme aux intérêts de sa défense. Telle fut l'attitude du Général Gamelin en 1942, du Maréchal Pétain en 1945, du Colonel Argoud en 1964 (122).

"Le silence est aujourd'hui suspect : qui s'en étonnerait sous la règle, plus ou moins éclairée, de l'information, du dialogue et de la concertation ?" (123). Le fondement juridique procédural du droit au silence réside dans la règle que la personne poursuivie n'a pas la charge de la preuve dans le procès pénal (124). Le contenu de la règle consiste en l'impossibilité de tenir compte du seul silence de la personne

(116) Articles 442, 311, 312 du CPP, Cf. Robert, juris. cl. proc. pén. art. 427 à 457, n° 54.
(117) Merle et Vitu, précité, p. 115.
(118) Interrogatoire croisé.
(119) L.H. Leigh, "La phase décisoire en procédure pénale anglaise". in RIDP 1986, vol. 57 n° 3-4, p. 654 et s.
(120) J. Pradel, "Procédure pénale", Cujas 1990, p. 522.
(121) Principales recommandations du groupe de travail sur les modifications susceptibles d'être apportées aux textes résultant de la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, in Gazette du Palais Mercredi-Jeudi 12-13 mai 1993, p. 29.
(122) CHARLES, "Le droit au silence de l'inculpé", RIDP 1953, p. 129, add, p. 195, 204, 223 et 256.
(123) Delmas-Marty, "Le droit au silence en procédure pénale", in Mélanges dédiés à la mémoire de J. Teneur, Tome 1, 1977, p. 273 et s.
(124) Bakas, "Les principes directeurs du procès pénal dans l'intérêt des personnes poursuivies", Thèse Paris II, 1982, p. 63. Bénéficiant de la présomption d'innocence, la personne poursuivie n'a pas à apporter des preuves, à savoir des explications.

poursuivie pour fonder des indices et encore moins des preuves de culpabilité (125). En droit français, toutefois, le président n'a pas, comme dans la procédure anglo-saxonne, l'obligation d'avertir la personne poursuivie qu'elle a la faculté de ne pas répondre.

Le silence de celle-ci ne doit pas faire obstacle au devoir du président de continuer à lui poser des questions, à chaque moment qu'il juge utile à la manifestation de la vérité. Par conséquent, s'il arrive dès l'ouverture des débats, que la personne poursuivie fasse connaître qu'elle ne répondra pas aux questions, le président ne saurait se borner à donner connaissance des déclarations de l'instruction. Il doit encore offrir la parole, après chaque audition de témoin et avant la clôture des débats (126). Cependant, il ne faut pas oublier de mentionner qu'en pratique, il est psychologiquement impossible que le juge ne soit pas influencé par le silence de la personne jugée. Certes, le silence du suspect ne doit pas être la preuve de sa culpabilité, mais ce dernier ne lui interdit pas non plus, d'en déduire un indice à sa charge, dans le cas où il n'apporte aucune raison pour le justifier.

Quoi qu'il en soit, le président doit essayer, pour que la vérité puisse éclater, de provoquer le dialogue, tout au long des débats.

b) Le droit de parler librement

Une défense utile et efficace est une défense libre. "La liberté apparaît plus nécessaire que jamais, au prétoire, parce qu'il est le seul endroit où chacun, défendant devant la justice, son honneur ou sa liberté, a le droit de s'exprimer en toute indépendance, et d'exprimer par lui-même, ou par les conseils qu'il s'est choisis, tout ce qu'il estime utile et ce, sans limitation de son droit"(127). Cette liberté se traduit, en droit positif, par l'article 41 de la loi du 24 juillet 1881, modifiée par l'article 21 de la loi du 6 janvier 1950 selon lequel : "Ne donneront lieu à aucune injure, diffamation ou outrage..., les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux". La jurisprudence a interprété, très largement, la notion d'écrit et de discours (128). Ainsi, cette immunité profite à tous individus (parties, avocats), joue devant toutes les juridictions répressives et pour tous propos (interventions ou plaidoiries) et documents (notes, mémoires, conclusions) (129). Cependant, l'immunité n'est pas absolue et contient des limites en cas d'abus de la liberté de défense : d'une part, l'immunité disparaît quand les paroles ou écrits diffamatoires sont étrangers à la cause débattue devant le tribunal, d'autre part, même s'ils ont un lien avec la cause, les juges statuant sur le fond peuvent ordonner "la suppression" des discours ou écrits injurieux, outrageants ou diffamatoires qui leur paraissent abusifs et condamner, éventuellement, leurs auteurs à des dommages et intérêts (130).

c) Le droit pour la personne poursuivie d'avoir la parole en dernier

Lors de la discussion par les parties des divers éléments apportés à l'instruction à l'audience, chacune d'elle "fait connaître les conclusions qu'elle tire et fixe la position définitive qu'elle adopte sur tous les aspects du procès pénal" (131).

(125) Garraud, "Traité théorique et pratique d'instruction criminelle", Sirey, 1907, Tome 1, n° 230.
(126) Crim. 30 avril 1960, J.C.P. 1960. II.11694.
(127) "La liberté de la défense et le délit d'audience", Gazette du Palais 1982 p. 192 et s., note A.D.
(128) Sauvel, "Les immunités judiciaires", Étude sur l'immunité de la parole et de l'écriture en justice. R.S.C. 1950, p. 557 et s.
(129) Pradel, "Procédure pénale", Éd. Cujas 1990 n° 164.
(130) Merle et Vitu, précité p. 56 et suivantes, note 3.
(131) Stéfani, Levasseur, Bouloc, "Procédure pénale". Dalloz 1990 p. 851.

Ainsi, la parole est donnée, en premier lieu, au conseil de la partie civile, s'il y en a une, ensuite le ministère public prononce son réquisitoire, enfin la parole est donnée au défenseur et à la personne jugée elle-même et au civilement responsable (articles 346 alinéa 1 et 460 alinéa 1 du CPP).

Lorsque le ministère public ou la partie civile répondent à l'argumentation de la défense, celle-ci doit avoir la parole la dernière. Il s'agit là, d'une exigence résultant du principe du contradictoire afin "de s'assurer que rien n'aura été ajouté, aucun élément, aucun argument péremptoire, sur lesquels l'accusé n'aura pu faire valoir ses moyens de défense" (132). Cette faveur à l'égard de la personne poursuivie s'applique désormais devant toutes les juridictions où la procédure est contradictoire (133). Dès lors, au regard du principe du contradictoire, mais également celui de la présomption d'innocence, "qui veut que tout soit mis en oeuvre pour éviter la condamnation et même la mise en accusation de la personne poursuivie", la défense doit pouvoir s'exprimer en dernier.

3. Le droit de citer et d'interroger les témoins (134)

En application des principes énoncés à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et rappelés par la Cour de Strasbourg notamment dans son arrêt DELTA (135), tout accusé a le droit "d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge". Ce texte, n'interdit pas le tribunal de disposer d'un certain pouvoir d'appréciation (136). En outre, la législation interne peut autoriser certaines personnes (parents de l'accusé, par exemple) à ne pas venir témoigner à l'audience (137).

Cependant, d'une manière générale, le principe du contradictoire impose la convocation et l'interrogation des témoins à charge et à décharge.

En droit interne français, l'article 331 du Code de procédure pénale dispose que "les témoins déposent, uniquement, sur les faits reprochés à l'accusé, soit sur sa personnalité ou sur sa moralité". Ainsi, le président peut interrompre l'audition d'un témoin qui n'est pas en état de répondre dans les termes prévus par l'article 331, lequel, en imposant certaines limites, ne fait aucune discrimination selon que les témoins ont été cités par l'accusation ou par la défense (138). La Chambre criminelle de la Cour de cassation pose, en principe, que devant les juridictions correctionnelles, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins qui n'ont, à aucun stade de la procédure, été confrontés avec le prévenu (139). Toutefois, la notion "d'impossibilité" est, cependant, largement entendue puisque la Chambre criminelle a admis comme motifs de refus d'audition d'un ou de plusieurs témoins :

- le fait que ceux-ci ont déjà été entendus par les enquêteurs ou le juge d'instruction, voire les deux, et que le prévenu qui a eu, par un conseil, la possibilité

(132) Articles 346 alinéa 3, 460 alinéa 2, 513 alinéa 4 et 546 du CPP.
(133) Pradel, note sous Crim. 28 septembre 1983, Dalloz 1984, 156.
(134) J.Y. Lassalle, "Dans quelles conditions le juge peut-il passer outre à l'audition des témoins", in J.C.P. 1992-II-21920 n° 42 ; F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit procédural", précité, p. 19 et s.
(135) Arrêt Delta/France du 20 novembre 1990, Série A n° 191.A ; Voir Affaire Engel, Campell, Fell, 28 juin 1984, série A n° 80 p. 100-101 ; Affaire Unterpertinger, 24 novembre 1986, série A n° 110, § 29-33 : le délinquant Unterpertinger était accusé de violences par sa belle fille et sa femme qui avaient déposé par écrit en refusant de comparaître ; Cf. F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal procédural", Universität des Saarlandes, Europa institut, 1991, p. 19.
(136) Cohen-Jonathan, "La Convention européenne des droits de l'homme". Presses Universitaires Aix-Marseille 1989, p. 444.
(137) Arrêt Unterpertinger/Autriche du 24 novembre 1986, Série A n° 110.
(138) Crim. 4 novembre 1983, Bull. n° 282 ; Crim. 21 avril 1982, Bull. n° 97.
(139) Crim. 12 janvier 1989, Bull. n° 13 ; Crim. 22 mars 1985, Bull. n° 144.

de prendre connaissance du dossier, ont eu tout loisir de s'exprimer sur leurs déclarations, étant précisé par ailleurs que, compte tenu de la date des faits et du temps écoulé, il est à craindre qu'une nouvelle audition de ceux-ci, sur lesquels, en raison de leur état, des pressions de nature à les faire revenir sur leurs déclarations antérieures ont pu être exercées, ne soit d'aucun intérêt pour la manifestation de la vérité (140) ;

- le fait que l'audition n'apparaisse pas nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'elle serait inopérante en raison des multiples artifices du prévenu pour empêcher son identification (141) ;

- le fait que le témoin, dont l'audition est sollicitée, "aussi clair que possible lors de sa déposition devant les gendarmes enquêteurs...avait ensuite tant varié..., ses souvenirs s'étant curieusement précisés en proportion inverse du temps écoulé depuis les faits" (142) ;

- on peut ajouter le fait, qu'il est à craindre qu'une nouvelle audition de témoins sur lesquels ont pu être exercé des pressions de nature à les faire revenir sur leurs déclarations antérieures ne soit d'aucun intérêt pour la manifestation de la vérité (143). On le voit, d'une manière générale, les motifs, ont trait au manque de fiabilité attendu des témoignages, soit en raison de l'écoulement du temps, soit en raison de possibles pressions. L'arrêt "Randhawa" (144) suggérait quant à lui, "le risque d'intimidations, de pressions ou de représailles".

Devant toute les juridictions, les parties et le ministère public ont l'initiative de l'administration des preuves, et citent les témoins qu'ils veulent faire entendre à charge ou à décharge. Enfin, il faut noter que le président, eu égard de son pouvoir de direction des débats, peut s'opposer à ce qu'un avocat accompagne les questions qu'il pose, de commentaires de nature à influencer le témoin ou à dénaturer sa déposition. En effet, cela n'est autorisé, ni par l'article 6 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni par l'article 312 du Code de procédure pénale (145).

4. Le droit de contredire les affirmations des experts et autres éléments de preuves

D'une part, selon l'article 281 alinéa 2, la personne poursuivie peut contredire les affirmations des experts. En principe, l'avocat de la défense fait citer en témoignage à l'audience un expert, choisi par lui, de sorte qu'un débat contradictoire s'instaure entre l'expert "officiel" désigné par le juge et l'expert "officieux". D'autre part, d'autres éléments de preuve peuvent donner lieu à discussion contradictoire : les pièces à conviction (articles 341 et 455 du CPP) par exemple. Si le tribunal procède à un transport sur les lieux, les parties et leurs conseils doivent y assister (article 456 alinéa 2 du CPP). Enfin si la juridiction de jugement estime nécessaire de procéder à des mesures d'instructions nouvelles, elle peut décider qu'il soit procédé à un supplément d'information (article 462 du CPP). Dans ce cas les règles relatives à la phase de l'instruction protégeant les droits de la défense sont applicables (articles 118 et 121 du CPP).

*_*_*_*

(140) Crim. 8 février 1990, Bull. n° 70.
(141) Crim. 21 janvier 1991, Bull. n° 32.
(142) Crim. 29 janvier 1991, in Droit pénal 1991, n° 128 (2e arrêt).
(143) Crim. 19 décembre 1991, Droit pénal 1991, n° 138.
(144) Crim. 12 janvier 1989, Bull. n° 13.
(145) Crim. 5 mars 1986, Bull. n° 92.

Le principe du contradictoire est un principe fondamental (146) qui recouvre non seulement les débats contradictoires qui caractérisent l'administration des preuves lors de la phase finale du procès, mais également toute une série d'éléments directement liés aux droits de la défense (147) durant le déroulement de ce dernier. Il est considéré comme un principe supérieur de protection des parties au procès pénal, commun à toutes les Nations civilisées (148). Ce principe semble assez bien respecté en procédure pénale française où il n'a cessé d'être renforcé, sans doute sous l'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de son interprétation par la Cour de Strasbourg (149). Toutefois, deux remarques peuvent être avancées. D'une part, bien que l'opinion publique se soit félicitée de la présence de l'avocat lors de la garde à vue, cette mesure en l'état ne constitue sans doute pas une donnée spectaculaire pour la protection du justiciable. D'autre part, on peut regretter le fait que l'individu (150), dans la phase décisoire du procès ou dans la phase de l'instruction préparatoire, ne soit pas autorisé à avoir la communication du dossier de la procédure, seul son avocat peut y accéder (151).

Quoi qu'il en soit, le principe du contradictoire étant consacré par notre Code de procédure pénale et par la Convention européenne des droits de l'homme, il paraît assez difficile aujourd'hui de pouvoir le méconnaître tant il est ancré dans la tradition juridique française. On peut même prévoir son développement progressif, car il contribue fortement à l'essor du sentiment de justice chez les justiciables (152).

Le 4 Juin 1993

(146) P. Nicolopoulos, "La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire", in R.S.C. 1989 p. 2.
(147) J. Léauté, "Les principes généraux relatifs aux droits de la défense" in R.S.C. 1953 p. 471 ; M. Allehaut, "Les droits de la défense" in Mélanges PATIN, Cujas 1965 p. 457 ; H.M. Hoven, "La protection des droits de la défense en droit belge" in R.D.P. 1966-1967 p. 474.
(148) Ch. Perelman, "Logique juridique. Nouvelle rhétorique", Dalloz 1976 n° 40, également A. Pliakos, "Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence ". Bruylant Bruxelles 1987 p. 28 et s.
(149) F. Boulan, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal procédural", précité.
(150) Lorsqu'il a un conseil.
(151) Remarquons qu'en Allemagne, le droit de consulter le dossier du procès est un droit de l'avocat et jamais de l'inculpé lui-même. Ce droit pour le conseil est prévu par l'article 147 du CPP allemand. Cf. Peter Hünerfeld, "La phase préparatoire du procès pénal en République Fédérale d'Allemagne", in RIDP 1985, Vol. 56, p. 130.
(152) À ce jour, la réforme de la réforme de la procédure pénale du 4 janvier 1993 est imminente. En effet, d'une part le rapport rendu le 20 avril 1993 par le groupe de travail présidé par Monsieur Bouloc, présente de nombreuses modifications susceptibles d'être apportées aux textes de la loi du 4 janvier 1993 (cf. Gazette du Palais 12-13 mai 1993, p. 24), d'autre part, les sénateurs ont adopté, dans la nuit du 2 au 3 juin 1993, la proposition de loi de J. Larché, président de la Commission des lois, tendant à réformer le Code de procédure pénale. Ce texte, semble reprendre les principales recommandations du groupe d'experts (rapport M. Bouloc) notamment en ce qui concerne le pouvoir du juge d'instruction de placer en détention provisoire et l'intervention de l'avocat à partir de la vingtième heure de garde à vue. Les sénateurs ont cependant restreint l'exercice de ce droit en offrant aux officiers de police judiciaire la possibilité de s'opposer à cette présence s'ils invoquent, avec l'accord du procureur de la République, les "nécessités de l'enquête" (cf. Le Monde du Vendredi 4 juin 1993, p. 8).

NOTION D'INOPPOSABILITÉ DANS LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

RÉFLEXIONS SUR LE FONDEMENT DU SYSTÈME FRANÇAIS

Par

Itsuyo TAKIZAWA
Professeur à l'Université Seïjo

Introduction (n° 1-9)

I - Problèmes théoriques de la notion d'inopposabilité (n° 10-25)

A - Antagonisme dans la vente doublée (n° 10- 12)
B - Explication de la vente doublée dans la doctrine et la jurisprudence (n° 13-23)
a) Structure de la vente doublée (n° 13-19)
b) Concert frauduleux et faute (n° 20-23)
C - Solution du même problème en droit mobilier (n° 24-25)

II - Meilleur raisonnement de la notion d'inopposabilité (n° 26-50)

A - Acquisition légale et déchéance (n° 26-33)
B - Notion d'inopposabilité en général et en particulier (n° 34-40)
a) Notion générale (n° 34-37)
b) Notion particulière (n° 38-40)
C - Réexamen916 de la jurisprudence actuelle (n° 41-50)
a) Fraude et faute (n° 41-44)
b) Protection du sous-acquéreur (n° 45-50)

Conclusion (n° 51-53)

INTRODUCTION

1. Quand on jette un regard sur la longue histoire de la publicité foncière française, on peut confirmer que ses institutions diverses, c'est-à-dire les institutions pour rendre public les contrats dans le but de protéger les transactions immobilières furent constamment recherchées, tantôt sous forme de coutume, tantôt par les législateurs de l'époque. Dans l'ancien droit par exemple, nous trouvons à côté des coutumes de nantissement et de l'appropriance par bannies de Bretagne lesquelles visaient la publication du transfert de la propriété immobilière, d'une part l'édit de Colbert de 1673, d'autre part l'institution des lettres de ratification ; le premier concernait avant tout la publication de l'hypothèque, tandis que la seconde visait à protéger les acquéreurs des immeubles contre les poursuites des hypothécaires (1).

Toutes ces institutions qu'on a érigées de plus en plus consciemment à mesure que la sécurité des transactions l'exigeait, ne se modernisaient que très difficilement, parce qu'elles n'étaient pas exemptes d'être influencées, à chaque époque, par les contraintes de la communauté ou les exigences féodales de la société. Pourtant, ce qu'on doit ici remarquer en dépit de cela, c'est que les institutions de la publicité finissaient toujours par s'établir en se liant à l'efficacité même du transfert du droit. La règle juridique dit souvent que la transaction n'est pas efficace ou que l'auteur perd son droit acquis —déchéance—, si celle-ci n'est pas publiée : technique juridique normale et fondamentale.

Dans notre tentative d'examiner cette technique juridique à travers la notion d'inopposabilité (2), nous nous limitons ici, afin d'éviter toute complication inutile, à la publication du transfert de la propriété immobilière, en particulier au moyen de la vente, et nous nous efforcerons de mettre au point comment le droit employait la technique pour rendre efficace cette publication.

2. En droit romain, si nous remontons jusque là, nous voyons que les modes de transfert de la propriété tels que la *mancipatio, l'in iure cessio* et la *traditio* étaient indispensables dans les transactions en tant que manifestation du formalisme archaïque (3). Plus que la nécessité de faire connaître les transactions, c'était sans doute une manifestation de la nature primitive de l'esprit humain. Malgré cela, on découvre ici un système où la publicité devient un élément essentiel du transfert de la propriété, dans le sens que celle-ci ne pourra pas être transférée sans qu'on remplisse la formalité juridique visible aux tiers (4).

De plus, le droit romain avait l'*insinuatio* ou l'inscription de la donation dont dérive, comme on le sait, le système d'insinuation du droit français (5). L'idée de faire publier la donation sur le registre public en vue des créanciers et des autres tiers intéressés s'avérera beaucoup plus moderne que les trois modes de transfert de la

(1) E. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891, p. 55 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, par Ph. Jestaz, 1987, n° 337 et n° 653 ; H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 3, par F. Chabas et M. de Juglard, 1977, n° 646.

(2) Dans la perspective de notre analyse, nous ne jugeons pas très important de distinguer la notion d'inopposabilité et celle d'opposabilité qui est son inverse positif. Car l'inopposabilité du droit non publié du premier acquéreur peut se traduire, du côté du deuxième acquéreur, par l'opposabilité de son droit ou au moins par sa capacité d'opposer le défaut de publicité de son adversaire. Cf. M. Dagot, *La publicité foncière*, 1981, p. 142 ; A. Weill, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 1979, n° 669.

(3) P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924, p. 296 et s. ; P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 1966, n° 604 et s.

(4) Remarquons surtout que la *mancipatio* qui était une vente réelle avait pour effet essentiel et direct de transférer la propriété, à condition que l'aliénateur fût propriétaire ; si celui-ci ne pouvait défendre l'acquéreur contre l'éviction, il devait le dédommager. Girard, op. cit. p. 300 et s.

(5) Besson, op. cit., p. 38 ; Mazeaud, op. cit., n° 649.

propriété remarqués ci-dessus. Il faut ajouter une chose : l'*insinuatio* était aussi un élément intrinsèque et essentiel de la donation (6).

3. L'époque du droit intermédiaire laissa deux œuvres législatives très connues : le Décret du 9 messidor An III et la Loi du 11 brumaire An VII. On sait bien que cette dernière qui s'est développée à partir de la coutume de nantissement des pays nord constitue l'origine de notre publicité foncière fondée sur la notion d'inopposabilité (7). Nous trouvons ici une idée propre au droit français dans laquelle l'effet du transfert de la propriété se divise en deux phases : celle entre les parties contractantes et celle à l'égard des tiers.

D'un autre côté, le Décret du 9 messidor An III tenta de protéger les acquéreurs de l'immeuble contre toutes les évictions à condition qu'ils fassent la déclaration foncière et déposent le contrat auprès du conservateur des hypothèques. La doctrine indique que cette conception se rapproche de l'effet de l'inscription en droit allemand (8).

4. Considérant le point de vue du droit comparé, il faut remarquer qu'en droit allemand, la propriété ne se transfère pas sans faire l'inscription au registre même entre les parties contractantes (Eintragungsprinzip). Cela veut dire que l'inscription est, là aussi, un élément intrinsèque et essentiel du contrat translatif de la propriété et qu'elle possède une force probante dans l'authenticité de la propriété. D'après ce système, le véritable propriétaire coïncide nécessairement avec le titulaire de la propriété sur le registre, si bien que le but de la publicité, laquelle consiste à organiser le registre foncier, est pleinement réalisé.

5. En revanche, le transfert de la propriété en droit français, comportait traditionnellement un penchant à la clandestinité et par le fait même causa un retard dans l'organisation des livres fonciers de ce pays ; l'influence du droit romain ou l'individualisme des Français ? De toute façon, le principe de *solo consensu* où la propriété se transfère simplement par l'effet du consentement, après avoir été consolidé par le Code civil de 1804, domina sur le droit français jusqu'à l'établissement de la Loi du 23 mars 1855 portant sur la transcription en matière hypothécaire.

C'est que cette dernière loi était destinée à s'harmoniser avec le principe du Code civil sinon à remplacer celui-ci totalement. Le cours naturel des choses fit donc reprendre l'esprit de la Loi du 11 brumaire An VII où la notion d'inopposabilité permettait de diviser l'effet translatif de la propriété entre les parties contractantes et les tiers. Ainsi, la disposition du Décret du 4 janvier 1955 en vigueur exprime cette tradition française sous la forme suivante :

"Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques..." (l'article 30-1, alinéa 1).

On voit ici que la notion d'inopposabilité ou d'opposabilité constitue, littéralement, un mot-clé qui lie l'efficacité du contrat à la publication. Pourtant, il apparaît qu'on n'a pas encore suffisamment expliqué comment la propriété se

(6) Besson, op. cit., p. 57 et s.
(7) Un tel système de publicité foncière cause à lui-seul le problème de la vente doublée que nous discuterons plus tard.
(8) Le décret du 9 messidor An III présente les principes de la publicité réelle et de la force probante du livre foncier, lesquels avaient leur origine dans le droit allemand. Besson, op. cit., p. 92.

transfère dans le cadre de la disposition susmentionnée. Ne doit-on pas éclaircir le mécanisme de ce transfert ? L'examen semble être indispensable d'autant plus qu'on remarque un certain antagonisme dans la présupposition même de ce système français de la publicité foncière.

6. Voici pourquoi. Le principe de *solo consensu* suppose le transfert de la propriété à l'acquéreur, par l'effet de la fonction simple du consentement. Néanmoins, cette propriété transférée n'étant pas opposable aux tiers avant la publication de ce contrat, l'aliénateur ou le vendeur qui n'a plus aucune propriété pourrait contracter une deuxième vente du même immeuble avec le tiers qui en deviendrait propriétaire au moyen d'une publicité plus rapide. Le problème n'est pas là.

Mais, quelle est la nature de la propriété immobilière inopposable aux tiers ? La doctrine ne dit-elle pas que la propriété inopposable *erga omnes* est contradictoire et n'a pas de sens pratique (9) ? Par ailleurs, le vendeur qui a déjà cédé son droit, pourrait-il vendre celui-ci de nouveau ? On sait que l'adage *Nemo plus juris...* (10) constitue la base de notre Code civil. La même question s'exprime donc différemment : le deuxième acheteur qui est le tiers peut-il devenir propriétaire, bien qu'il ait contracté avec un vendeur qui n'a aucun droit sur l'immeuble ?

Toutes ces questions révélerons que la difficulté théorique du système français de publicité foncière consiste dans l'explication de la vente doublée, ou dans la manière de la rendre efficace (11). Et ces problèmes dérivent certainement de la combinaison forcée des deux principes du transfert *solo consensu* et de la publicité obligatoire, lesquels sont de nature incompatible. Est-il possible d'harmoniser ces deux principes dans le cadre de la notion d'inopposabilité ?

7. En fait, les rédacteurs du Code civil de 1804 eux-mêmes ont dû faire face à ce difficile problème d'expliquer l'antagonisme entre le principe de *solo consensu* et la publicité, lorsqu'ils ont examiné la possibilité d'introduire dans le Code civil la transcription concernant le transfert de la propriété en général.

On trouve dans le projet de Code civil, entre l'article 90 et l'article 92, lesquels correspondent chacun à l'article 2181 et à l'article 2182 du Code civil en vigueur, l'article 91 qui reproduit approximativement l'article 26 de la loi du 11 brumaire An VII (12). La discussion au Conseil d'État où on abandonna finalement l'adoption de cette disposition concernant la publicité de la vente nous intéresse considérablement (13).

Treillard soutint l'article 91 et mit en relief la nécessité de ce système sans lequel le prêt hypothécaire ne fonctionnerait pas. Il souligna que cette disposition déciderait la priorité de rang en cas de vente doublée de l'immeuble et que celui qui aurait perdu son droit pourrait demander des dommages-intérêts à l'aliénateur. Mais, lui aussi dut admettre la possibilité d'abuser de l'article 91 au moyen du stellionat. Tronchet par ailleurs a indiqué l'illogisme de ce système où le propriétaire ayant

(9) J. Flour, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme" , Études offertes à Georges Ripert, t. I, 1950, p. 102.
(10) *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipset habet* Parfois on cite *Nemo dat quod non habet* dans le même sens.
(11) La vente doublée est un exemple représentatif des acquisitions successives du droit réel dans lesquelles les questions indiquées ci-dessus se trouvent communes : par exemple les conflits entre le propriétaire et l'hypothécaire, les conflits de la priorité de rang entre deux hypothèques constituées successivement etc. Mais nous ne pouvons pas tous les aborder.
(12) L'article 91 dispose : "Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été ainsi transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente". Mazeaud, op. cit., n° 651.
(13) Fenet, t. XV, p. 386 et s. ; Mazeaud, op. cit., 35e Leçon, Lectures, p. 607.

obtenu son droit régulièrement par l'effet du contrat serait évincé simplement parce qu'il n'a pas fait de transcription ; il insista sur le fait qu'on n'avait pas besoin de protéger le second acquéreur en dépit de cet illogisme.

En outre, ils durent répondre à la question difficile de Cambacérès qui demandait pourquoi l'acquéreur *a non domino* pourrait devenir propriétaire en transcrivant son droit (14).

8. Ce principe de publicité qu'on a laissé tomber une fois, probablement en raison de tous ces points discutables, dut être repris au milieu du 19ème siècle, lorsque le Crédit Foncier de France fut établi. Depuis, et après avoir subi une refonte radicale par le Décret du 4 janvier 1955, ce système de publicité fondé sur la notion d'inopposabilité a été toujours maintenu jusqu'ici. Toutefois, le problème de l'antagonisme que ce système pose et l'explication du mécanisme de la vente doublée dans laquelle on rencontre tous ces problèmes théoriques, la doctrine ne les a jamais abordés directement.

Deux œuvres récemment publiées respectivement par Monsieur Duclos et Monsieur Lévis (15) révèlent néanmoins une prise de conscience de ces problèmes à travers l'analyse de la notion générale d'opposabilité ou d'inopposabilité. Sans doute, l'examen de cette dernière est indispensable comme approche du problème. Mais, pour être plus précis, il est préférable de ne pas trop élargir le champ de la discussion et de rechercher plutôt le sens propre de l'inopposabilité dans ce domaine-ci.

Dans cette perspective, nous préciserons d'abord les problèmes théoriques qui résultent de l'antagonisme mentionné ci-dessus (I). Nous proposerons ensuite comment résoudre ce dernier pour un meilleur raisonnement dans le cadre de l'interprétation de l'article 30-1 alinéa 1 (II). Autrement dit, cet essai tâchera de mettre en lumière la théorie propre de la publicité foncière qui se cache au fond de cette institution.

9. Il va sans dire que le processus d'un tel examen a des rapports étroits avec le revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation en 1968 (16) concernant le sujet d'un débat actuel de la publicité foncière.

La jurisprudence exprimait traditionnellement que le premier acquéreur de la vente doublée qui n'a pas transcrit ne pourrait pas s'opposer à l'acquisition de la propriété même par des tiers de mauvaise foi ; seulement le concert frauduleux entre le vendeur et le deuxième acquéreur qui est tiers ferait échec à cette inopposabilité. À cette manière d'argumenter, la Cour de cassation substitua la thèse de la faute, selon laquelle le deuxième acquéreur de mauvaise foi commettrait une faute dont la sanction serait la réparation en nature, c'est-à-dire la restitution de l'immeuble ainsi obtenu. La doctrine indique que ce changement de raisonnement visa à éviter des inconvénients de l'ancienne jurisprudence où le sous-acquéreur du deuxième acquéreur serait victime de la fraude même s'il était de bonne foi (17).

Bien que cette nouvelle jurisprudence ne fut pas exempte de critiques (18), elle semble être stable dans la politique actuelle de la Cour de cassation (19).

---

(14) En répondant à cette question, Treillard indiqua l'article 92 du projet (l'équivalent de l'article 2182 alinéa 2 du Code civil en vigueur) et évoqua la règle *Nemo plus juris*... qu'il contenait ainsi que la conséquence de ce dernier.
(15) J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Préface de D. Martin, 1984 ; M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel ; De la sanction juridique des droits*, Préface de P. Raynaud, 1989.
(16) Cass. civ. 3e, 22 mars 1968, D.S. 1968, 412, note J. Mazeaud ; J.C.P. 1968, II, 15587, note A. Plancqueel ; obs. Bredin, Rev. trim. dr. civ., 1968, p. 564.
(17) J. Mazeaud, note précitée ; Weill, op. cit., n° 668.
(18) *Infra*, n° 46.
(19) Mazeaud, op. cit. n° 727 ; Marty et Raynaud, op. cit., n° 768.

Toutefois, si la théorie propre de la publicité foncière se clarifie, on trouvera une véritable réponse aux critiques, ce qui permettra de trouver alors une meilleure solution à ce problème jurisprudentiel.

I - PROBLÈMES THÉORIQUES DE LA NOTION D'INOPPOSABILITÉ

A - ANTAGONISME DANS LA VENTE DOUBLÉE

10. Des œuvres nombreuses touchent à l'histoire de la publicité foncière, parmi lesquelles celle de E. Besson est particulièrement remarquable pour son étendue et sa profondeur dans l'analyse théorique. Il y a décrit très explicitement le développement de cette institution. Il relève avec raison que la transcription sous la Loi du 11 brumaire An VII ne constituait qu'une formalité extrinsèque ; c'est-à-dire la formalité n'assurait à un titre acquis qu'un rang de priorité vis-à-vis des tiers (20).

Cela s'applique également à la coutume de nantissement qui la précédait. D'après l'auteur, le nantissement permettait assurément de transférer la propriété, mais il indique par ailleurs la doctrine de Dumoulin selon laquelle le manque de nantissement n'empêchait pas l'acquéreur d'obtenir la propriété de l'objet vendu à l'égard de l'aliénateur. Il cite en même temps l'opinion de Merlin où celui-ci fait équivaloir la propriété sans procédé de nantissement au droit régulièrement obtenu, à condition qu'il n'existe pas de tiers intéressés (21). C'est ainsi que Besson conclut en somme que le nantissement avait pour effet de rendre opposable aux tiers le droit obtenu par effet du contrat (22), en quoi on ne voit pas de différence entre le nantissement et la transcription de la Loi du 23 mars 1855.

Or, on pourrait se demander pourquoi le procédé de nantissement n'avait qu'une telle efficacité restrictive. À cette question difficile, un auteur contemporain répond en expliquant que le principe de la priorité par le nantissement ne fut pas appliqué absolument, parce que la règle *Nemo plus juris...* qui avait son origine dans le droit romain l'emportait, s'opposant ainsi à la déchéance du droit qui résultait du contrat (23). L'effet juridique de nantissement semble laisser encore à discuter (24), mais les civilistes de nos jours sont au moins d'accord pour admettre que la transcription par l'article 26 de la Loi de l'An VII, ne fut exigée que vis-à-vis des tiers (25).

Autrement dit, le problème de l'antagonisme de la publicité foncière que nous abordons ici remonte à l'ancien droit avant même le Code civil ; il a, depuis, toujours existé dans le droit français.

11. Le Code civil de 1804, abandonnant l'apparence de la théorie de *traditio* du droit romain qui restait dans la pratique notariale, affirma, dans plusieurs dispositions (26), que la propriété se transfère simplement par l'effet du consentement des parties contractantes. Ce principe du consensualisme, fondé sur le principe général de l'autonomie de la volonté, constitue un bon exemple de la

(20) Besson, op. cit., p. 94 et s.
(21) Besson, op. cit., p. 60.
(22) Besson, loc. cit.
(23) P.- J. Chenu, *De la transcription à la publicité foncière*, 1960, thèse Bordeaux, p. 22.
(24) Besson et Chenu ne voient dans le nantissement qu'une formalité extrinsèque qui donne le rang de priorité au droit de l'acquéreur (*supra*, notes précédentes), tandis qu'il y a des auteurs qui insistent sur l'effet translatif du droit du nantissement. Cf. J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 320 et s. ; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit*, t. 2, 1957, n° 190.
(25)Mazeaud, op. cit., n° 650 ; Marty et Raynaud, op. cit. n° 653 et s. On pourrait présumer que la théorie de tradition de l'origine romaine s'appliquait aux parties contractantes.
(26) Cf. Les articles 711, 938, 1138, 1583 et 1703 C.c.

supériorité de la volonté et de la spiritualité qui sont les particularités fondamentales du Code civil français (27). Il se montrait moderne en même temps en ce qu'il convenait à la demande de la transaction rapide.

Toutefois, il est évident que ce principe s'accompagne d'un risque de nuire aux tiers qui seraient victimes de transactions cachées. Car celui qui veut acheter un immeuble, ou le créancier qui prête de l'argent sur gage d'un immeuble n'aurait pas de moyen de savoir si cet immeuble appartient réellement à la partie contractante. Dans ce cas, il serait obligé de compter sur cette dernière qui a souvent trahi sa confiance en commettant une fraude ou un stellionat.

C'est ainsi que, poussé par le développement économique de la société dont le résultat fut la création du Crédit Foncier Français par le Décret du 28 février 1852, le cours naturel des choses fit élargir la transcription du Code civil, prévue partiellement ou incomplètement aux transactions onéreuses en général. Ainsi pourrait-on établir le principe de publicité. Le problème était de savoir si on pourrait abandonner le consensualisme et affirmer que la propriété ne se transférait pas sans que le contrat soit publié (28). Il est pourtant difficile de remplacer ce principe fondamental du Code civil.

12. Il ne reste alors que ce compromis possible : le maintien du consensualisme et l'introduction de la transcription à l'égard des tiers seulement, ce qui était, en fin de compte, un retard considérable du côté du transfert *solo consensu*. L'article 3 de la Loi du 23 mars 1955 a ainsi reproduit l'article 91 de l'ancien projet qui équivalait justement à l'article 26 de la Loi de l'An VII. La doctrine indique d'ailleurs que presque tous les autres articles de la Loi de 1855 se fondaient sur la jurisprudence d'après la coutume de nantissement (29).

Mais une fois que le Code civil avait établi le principe de *solo consensu*, la notion de publicité ne pouvait pas rester ambiguë comme avant. Il est donc normal que la doctrine et la jurisprudence aient de plus en plus systématisé la théorie de la publicité foncière sous tous ses aspects. Il reste cependant à l'approfondir pour parvenir à l'explication théorique de la vente doublée elle-même.

B - EXPLICATION DE LA VENTE DOUBLÉE DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

a) Structure de la vente doublée

13. Quelque temps après la mise en vigueur du Code civil de 1804, la jurisprudence, invoquant les articles 1583, 2181 et 2182 du Code civil etc., affirma que ces dispositions avaient aboli l'article 26 de la Loi de l'An VII, et fit ainsi dispenser de la transcription même ceux qui voulaient transférer une propriété immobilière (30) : résultat normal, semble-t-il.

Examinons maintenant les relations juridiques des acquéreurs successifs du même immeuble dans les cas que l'on rencontre souvent dans la jurisprudence. Elle donnait autrefois la priorité à celui qui avait obtenu la possession réelle en premier,

(27) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 1984, p. 72.
(28) En fait, une telle proposition fut la réponse de la Cour de Bastia à l'égard de l'enquête faite avant la réforme par la loi de 1855. Cf. J. Grasset, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil*, 1907, n° 17.
(29) Besson, op. cit., p. 122.
(30) Cass. 8 mai 1810, S. 1809-11, I, 181 ; Cass. 16 oct. 1810, S. 1809-11, I, 244. En doctrine, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 3e éd., t. 24, n° 443 et s. par exemple.

selon le principe du droit romain (31). Puis le nantissement semble avoir été assimilé à ce dernier. Enfin la loi de l'An VII fit remplacer cette tradition par la transcription, de sorte que le principe de la priorité selon la date de cette dernière fut réalisé souvent même entre les parties (32).

Le Code civil ayant aboli ce système, on devait confirmer, selon le nouveau principe du consensualisme, que la priorité de l'acquisition du droit était décidée par la date du contrat même. La jurisprudence l'admit dès les premiers jours du Code civil (33). Et c'est en ce sens que Monsieur Lévis a indiqué l'application de l'adage *Prior tempore, potior jure* (34). Selon le droit de la publicité foncière en vigueur, la nécessité d'une telle solution n'arrive que rarement : lorsque les deux acquéreurs de la vente doublée n'ont pas fait de transcription ou l'ont faite le même jour. Mais, dans ce cas seulement la jurisprudence mentionnée ci-dessus reste en vigueur (35).

14. De plus, il faut affirmer que selon ce principe de *solo consensu* , la deuxième vente doit être considérée comme nulle, parce que la propriété qui devait être transférée est déjà passée au premier acheteur ; cela l'article 1599 du Code civil le dispose clairement.

15. Tel était le principe que le Code civil a adopté et sur lequel l'article 3 de la Loi de 1855 a fait revivre l'article 26 de la Loi de l'An VII.

Toutefois, à l'occasion de cette réintroduction de la transcription, on a peu discuté le problème de l'antagonisme dont les rédacteurs du Code civil étaient certainement conscients. Le rapport au Corps législatif remarque simplement que la loi sur la transcription ne sera que l'accomplissement de ce que le Code civil a prévu au début (36).

Comme la transcription de la Loi de 1855 survit dans le droit de la publicité foncière en vigueur, nous examinerons le point essentiel de toutes ces législations qui organisent ce système de la publicité en exploitant la notion d'inopposabilité. N'être pas opposable aux tiers, cela est souvent exprimé en d'autres termes tels que "être sans effet aux tiers" , ou "n'être pas valable aux tiers" (37). Il faut trouver le véritable sens de ces expressions.

16. Sous la Loi de l'An VII, la jurisprudence a argumenté que la propriété restait chez le vendeur jusqu'au moment de la transcription (38). À l'époque de la Loi de 1855, en revanche, le tribunal ne pouvait plus négliger le transfert *solo consensu*, de sorte qu'il a préféré l'expression suivante : jusqu'à la transcription, le vendeur demeure le propriétaire vis-à-vis des tiers (39). On peut même trouver une expression plus élaborée : "jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, le vendeur

(31) Cass. 3 niv. An VI, S. 1791, I, 87 ; C. d'appel de Paris, 13 déc. 1809, S. 1809-11, II, 160 (cas du transfert des meubles).
(32) Trib. d'appel de Nîmes, 21 germ. An II, s. 1791, II, 128 ; Cass. civ. 9 fév. 1808, S. 1815-18, I, 418 ; Cass. civ. 3 therm. An XIII, S. 1808, I, 142. Toutes ces jurisprudences raisonnent que, sous la Loi de l'An VII, la transcription elle-même transfère la propriété. On pourrait indiquer à ce propos l'influence de l'article 28 de la Loi de l'An VII qui dispose comme suit : "La transcription prescrite par l'art. 26 transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble, mais avec les dettes et hypothèques dont cet immeuble est grevé".
(33) C. d'appel de Trèves, 9 fév. 1810, S. 1809-11, II, 205 ; Décret en Conseil d'État, 7 avril 1813, S. 1812-14, II, 288 et note (27).
(34) Lévis, op. cit., n° 165 et s.
(35) Paris, 29 juin 1964, J.C.P. 1965, II, 13977, note Bulté (cf. art. 31-1 du Décret du 4 janvier 1955) ; Cass. civ. 1re, 12 nov. 1975, J.C.P. 1976, II, 18357, note Dagot.
(36) Rapport de Debelleyme au Corps Législatif, Duvergier, Lois et décrets, t. 55, p. 57.
(37) Exposé des motifs de la Loi du 23 mars 1855, Duvergier, op. cit., p. 66.
(38) *Supra*, note (29).
(39) Cass. req. 8 déc. 1858, S. 1860, I, 991, D. 1859, I, 184 ; Cass. req. 1er déc. 1902, D. 1904, I, 1.

primitif conserve, sinon le droit, tout au moins le pouvoir de transmettre utilement la chose vendue à un nouvel acquéreur" (40). C'est que le tribunal voulant affirmer la possibilité de la vente doublée en conséquence de l'introduction de la transcription, a dû nécessairement argumenter que le vendeur avait le droit de vendre deux fois.

La doctrine argumente à peu près de même, en s'appuyant sur la notion du rattachement relatif de la propriété et en disant que celle-ci ne se transfère qu'entre les parties et reste chez le vendeur à l'égard des tiers (41). Planiol et Ripert en parlent de manière plus précise : "le transfert de la propriété immobilière s'opère donc en quelque sorte par étapes ; du jour de la vente il est opposable à certaines personnes, du jour de la transcription à tout le monde" (42). Naturellement, une autre opinion soutient que le droit inopposable aux tiers équivaut au droit personnel (43).

17. Ces explications assez vagues sur l'efficacité de la publicité foncière peuvent être imputées, dans une certaine mesure, à la confusion de la transcription en général avec celle de la donation et de la substitution (art. 941 et 1070 C.c.). La publicité de ces dernières, malgré la différence de leur développement historique, ne pouvait alors que se confondre plus ou moins avec celle de la loi de 1855, parce que les deux institutions utilisent la notion d'inopposabilité en tant qu'effet de la publicité (44).

Notons cependant que la transcription de l'article 941 du Code civil garde les traces de la publicité romaine, *insinuatio*, qui était un élément intrinsèque du transfert de la propriété (45). C'est pour cette raison que l'effet de la transcription devait être une nullité relative ou partielle, sinon la nullité absolue, car l'article 941 C.c. dispose : "Le défaut de «publication» pourra être opposé par toutes les personnes ayant intérêts,..." (46).

18. Dans la publicité organisée par le Décret de 1955, en revanche, les conditions des tiers sont nettement définies. Ce sont les acquéreurs successifs du même immeuble qui importent. Autrement dit, la notion d'inopposabilité de ce Décret ne vise que la solution des conflits entre les acquéreurs concurrents de la propriété du même immeuble. Il s'agit donc d'éclaircir comment se déroule le mécanisme de cette acquisition : qui peut obtenir la propriété ? quand et pour quelle raison juridique celle-ci est-elle obtenue ?

Monsieur Chenu indique dans ce système d'acquisition la priorité de rang selon l'ordre de la publicité, traduit par l'adage *Prior tempore, potior jure* (47), ce qui semble être une remarque plus pertinente que celle de Monsieur Lévis qui applique cette règle à la solution du Code civil donnant la priorité au premier contrat (48).

---

(40) C. d'appel de Dijon, 10 juin 1891, D.P. 1892, II, 469.
(41) Demolombe, op. cit., n° 452 ; Ch. Aubry et C.-F. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2 , 1869, p. 311, note (85) ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e éd., 1938, t. 4, n° 811, etc.
(42) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, par M. Picard, 1952, n° 625.
(43) G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, 1957, n° 2462.
(44) La doctrine essayait de faire ressortir la distinction, tandis que la jurisprudence avait toujours tendance à emprunter des règles de décision concernant les tiers à être protégés contre la donation au droit de la publication sous le Décret de 1955, jusqu'à ce qu'elle ait fait enfin prévaloir explicitement ce dernier. Cf. Civ. 3e, 17 juin 1980, J.C.P. 1981, II, 18584 note Dagot ; Marty et Raynaud, op. cit., n° 783. Au niveau de la logique, on peut remarquer la discussion doctrinale à propos de la possibilité d'appliquer la règle de l'article 1071 C.c. à la publicité des actes à titre onéreux.
(45) Besson, op. cit., p. 70.
(46) Sur la substance de cette disposition, cf. Mazeaud, op. cit., n° 734 ; Marty et Raynaud, op. cit., n° 782.
(47) Chenu, op. cit., p. 45 ; En même sens, G. Cornu, *Droit civil, Introduction Les personnes - Les biens*, 1991, n° 1075 et 1609. D'autres auteurs aussi donnent de pareilles explications par les mots, priorité ou préférence, comme on le sait bien.
(48) *Supra*, note (34).

Le plus diligent l'emporte. Il faudrait admettre qu'avec ce principe, l'idée de la libre concurrence a été introduite dans la transaction immobilière. Cela revient, en d'autres termes, à ce que le vendeur ait le droit d'évincer le premier acquéreur en lui versant des dommages-intérêts. Malgré cela, le principe du transfert *solo consensu* exige que le droit du premier acquéreur ne soit pas de nature à créance.

C'est ainsi que le centre de la discussion devrait être confirmer la conséquence du consensualisme, transfert parfait de la propriété. Le droit acquis du premier acquéreur est donc parfait et opposable à tous (49). D'où vient en plus que le vendeur, après la première vente, n'a plus aucun droit sur son immeuble ; le deuxième acquéreur peut seulement faire son acquisition *a non domino*. La doctrine a tardé à arriver à cette conclusion (50), puisqu'il était pratique d'argumenter que le deuxième acquéreur recevait du vendeur un droit quelconque laissé dans la main de ce dernier (51). Il est bien intéressant que même les œuvres récentes maintiennent un tel raisonnement (52).

19. Or, pourquoi le deuxième acheteur peut-il acquérir la propriété *a non domino* ? Cette question nous rappelle une autre acquisition légale *a non domino* en droit mobilier. Selon l'article 1141 du Code civil, l'acquisition légale a lieu au moment d'acquérir la possession d'un meuble et par l'effet même de cette dernière (53). S'il en est ainsi, on pourrait présumer une acquisition légale qui se produit avec la publicité. Notre recherche se dirige maintenant vers la comparaison entre la vente doublée immobilière et celle du droit mobilier.

Comme l'article 1141 C.c. exige la bonne foi d'un possesseur, certains auteurs soutiennent en fait que le deuxième acquéreur d'un immeuble doit également être de bonne foi, pour que ces deux systèmes d'acquisition se règlent harmonieusement (54). En vue d'examiner ce raisonnement, il faudrait remonter à l'histoire de l'article 1141 C.c. lequel est une reproduction de la disposition fondamentale de l'article 2279 C.c. qui est en même temps un adage de l'ancien droit : en fait de meubles, la possession vaut titre. Mais, avant cela, abordons le sujet de discussion actuel concernant la mentalité du tiers dans la publicité foncière. Il s'agit du fameux revirement de jurisprudence de la Cour de cassation en 1968 (55) et du débat doctrinal qui continue jusqu'à présent.

b) Concert frauduleux et faute

20. Lors de la rédaction de la Loi du 23 mars 1855, le législateur a naturellement discuté pour savoir si le tiers doit être de bonne foi ou non pour profiter de l'effet de sa publicité. Ils semblent cependant n'être pas parvenus à une conclusion précise. Le motif de cette loi fait simplement mention de l'exception de l'opposabilité en cas de fraude (56). En effet, la jurisprudence avait déjà admis la possibilité de la mauvaise

(49) Cornu, op. cit., n° 992. Selon Monsieur Lévis, c'est la conséquence de l'exclusivisme du droit réel. Lévis, op. cit., n° 164.
(50) Même parmi les auteurs récents, l'expression directe de l'acquisition *a non domino* concernant le deuxième acquéreur n'est pas très répandue ; Marty et Raynaud, op. cit., n° 761 (mais relativement à l'acquisition du légataire).
(51) *Supra,* notes (39) et (40). Une telle explication était particulièrement utile à la vente doublée où la deuxième vente était faite par les héritiers du vendeur, parce qu'il a fallu raisonner sur le droit que ces derniers avaient hérité. Cf. Cass. req. 1er déc. 1902, D. 1904, I, 5.
(52) Par exemple, G. Goubeaux, note sous Cass. civ. 3e, 30 janv. 1974, Rép. Defré., 1974, art. 30631, p. 640.
(53) Mazeaud, op. cit., t. 2, Biens, 1984, n° 1525, 1623 et s.
(54) Goubeaux, note précitée, p. 644 ; A. Fournier, "Le malaise actuel dans la publicité foncière", Rép. Defré., 1980, art. 32401, p. 1118 ; Lévis, op. cit., n° 228.
(55) *Supra,* note (16).
(56) Exposé des motifs de la Loi du 23 mars 1855, Duvergier, op. cit., t. 55, p. 67 ; D.P. 1855, IV, p. 28.

foi des tiers selon la loi du 11 brumaire An VII (57). D'où on pourrait conclure que la fraude dans le motif signifiait ce qui dépassait la simple connaissance. Mais Savatier, en revanche, a interprété ce motif comme une intention des législateurs d'exclure les tiers de mauvaise foi (58).

21. De toute façon on sait bien que la jurisprudence a toléré la mauvaise foi du tiers jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1949 (59). Autrement dit, seuls les tiers coupables d'un concert frauduleux commis avec le vendeur doivent être privés du droit d'opposer le défaut de la publicité de son concurrent (60). Selon cette thèse de la jurisprudence traditionnelle, cependant, le sous-acquéreur de bonne foi, étant victime de la deuxième vente conclue en concert frauduleux, est obligé de restituer la propriété acquise au premier acquéreur. Car la deuxième vente étant estimée nulle, le principe de *Nemo plus juris...* s'applique nécessairement au contrat que le sous-acquéreur a conclu.

Dans ces circonstances, le tribunal a estimé que la confiance du sous-acquéreur dans la publicité devait être protégée au nom de la sécurité de la transaction. Il a changé de politique et a remplacé le concert frauduleux par la notion de faute, ce qui permettra au sous-acquéreur de bonne foi de ne pas restituer son immeuble acquis (61).

22. On trouve déjà cette thèse sur la faute dans la note précitée de Savatier où l'auteur, en fait, n'a fait que renouveler ce que Boissonade avait autrefois proposé (62), mais sans que ni l'un ni l'autre ne touchent au problème du sous-acquéreur. Pour être plus précis, ils soutiennent que le deuxième acheteur, en contractant sa vente tout en connaissant l'existence du premier acheteur, commettrait une faute vis-à-vis de ce dernier ; d'où vient que celui-là doit indemniser celui-ci conformément à l'article 1382 C.c., indemniser en nature, ce qui revient à la restitution de l'immeuble acquis (63).

Cet argument des partisans de la faute, malgré ce détour, semble s'orienter, en fin de compte, vers le consensualisme du Code civil. Les auteurs veulent rappeler plus ou moins la morale du Code civil, quand ils nient la mauvaise foi du tiers. Monsieur Ginossar le prouve très clairement dans son raisonnement moral où il souligne l'importance de la liberté contractuelle, en soutenant lui aussi la conclusion de Boissonade (64). Quant à la doctrine opposée, on ferait mieux d'avoir recours à l'aperçu concis de Madame Gobert qui, avec raison, a vu dans la jurisprudence le danger du glissement vers le consensualisme (65).

23. La différence d'opinion dans ces auteurs à propos de la mentalité du tiers ne reflète rien d'autre que l'antagonisme de la publicité foncière en question : le principe de *solo consensu* et celui de la publicité.

---

(57) Cass. 3 therm. An XIII, S. 1805-6, I, 60.
(58) R. Savatier, note sous Cass. civ. 7 déc. 1925, D. 1926, I, 185.
(59) D. 1949, 277, note Lenoan ; S. 1949, I, 189, note Bulté ; J.C.P. 1949, II, 4972, note Becqué.
(60) Cass. req. 20 nov. 1893, S. 1894, I, 395, note Lyon-Caen ; Cass. civ. 7 déc. 1925, précité.
(61) Sur l'intention de la Cour, cf. Mazeaud, op. cit., t. 3, n° 727 ; Weill, op. cit., n° 668.
(62) L'argument de Boissonade se trouve reproduit dans plusieurs articles : cf. Lyon-Caen, note sous Cass. req. 27 nov. 1893, précitée ; Lévis, op. cit., n° 209 à 220.
(63) Tel est le raisonnement auquel tous les partisans de la faute et la jurisprudence actuelle ont recours en commun.
(64) S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers ; Émergence du délit civil de fraude*, 1963, n° 22 et s.
(65) M. Gobert, "La publicité foncière française, cette mal aimée", Études offertes à Jacques Flour, 1979, p. 229.

Si on protège ainsi le droit du premier acquéreur en le rendant opposable au tiers de mauvaise foi sans qu'il ne soit publié, le premier acquéreur pourrait mépriser son obligation de publication en comptant sur la connaissance de fait que le tiers aura concernant l'existence de la vente précédente. De plus il exigerait que le tiers s'en informe avant de contracter. Toutes ces circonstances priveraient le premier acheteur de la nécessité d'être diligent pour la publication.

Par conséquent, la Cour de cassation a dû prononcer, au mépris de la déformation de la théorie de faute, que le tiers n'avait pas de devoir de s'informer hors de la publicité foncière (66). C'est à peine si, de cette manière, elle a pu mettre un frein à la négligence possible envers la publicité. Mais pourquoi la théorie de la faute fondée sur la connaissance peut-elle se dispenser de l'obligation de prudence ? D'un autre côté, il faudrait demander pourquoi le tribunal, en dépit de remarques par des auteurs, ne tient pas compte de la faute du premier acheteur qui a omis la publication (67). Il est naturel que la doctrine reste sceptique sur cette nouvelle jurisprudence arbitraire.

Le respect de la morale du consensualisme entraîne le déclin de la publicité, cela en est une conséquence logique. Néanmoins, la pratique des tribunaux incline à la règle morale, parce que cela est conforme à la tradition jurisprudentielle (68), à plus forte raison si cela réalise la sécurité de la transaction moyennant la protection du sous-acquéreur. Cette antinomie doit être surmontée. Mais pour le moment nous nous contentons de confirmer que dans le système de la publicité foncière, la bonne foi du tiers n'a pas de fondement logique.

C - SOLUTION DU MÊME PROBLÈME EN DROIT MOBILIER

24. En considération de la différence structurale entre les droits mobilier et immobilier, notre tentative d'éclaircir la logique de la vente doublée sera faite quand même à travers la comparaison avec celle du meuble telle qu'elle est disposée dans l'article 1141 du Code civil. Voici la disposition en question : "Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi".

La doctrine a toujours considéré que cette disposition n'était qu'une application particulière au cas de la vente doublée de l'article 2279 C.c. qui représente l'adage fameux déjà mentionné (69). C'est que la maxime *Meubles n'ont pas de suite* du droit germanique et de l'ancien droit fut reproduite dans le Code civil dans le but moderne de protéger la transaction mobilière (70). La protection de la possession mobilière demande en même temps que la confiance du tiers sur la possession de son auteur soit également protégée. La règle *En fait de meubles, la possession vaut titre* que le Châtelet de Paris prononça au 17e siècle le réalise, parce que, selon cette règle, la possession acquise produit la présomption absolue de l'existence d'un titre (71). Mais, étant donné qu'il s'agit de la protection de la

(66) Cass. civ. 28 mai 1979, B.C. III, n° 116, p. 88.
(67) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, p. 320 et s. ; Ginossar, op. cit., p. 53 et s. ; Goubeaux, op. cit., p. 647 ; Gobert, op. cit., p. 229.
(68) La jurisprudence a particulièrement rendu responsables du délit civil les tiers qui étaient complices de la violation de créance. Fournier, op. cit., p. 1091 et s. ; E. du Pontavice, "Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers", Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 652.
(69) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1622.
(70) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1522 et s.
(71) Ainsi, la possession de bonne foi supplée le défaut de qualité de l'auteur, en fonctionnant comme un véritable mode d'acquérir la propriété. Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1537 ; Carbonnier, op. cit., t. 3, Les biens, 1980, n° 76.

transaction, la possession selon l'article 2279 et conséquemment selon l'article 1141 présuppose la bonne foi (72). Il est clair que ce système d'acquisition mobilière diffère par nature de la publicité foncière, excepté pour le moment le problème de la protection du sous-acquéreur.

25. Malgré tout cela, cependant, leurs points communs sont aussi à souligner. La jurisprudence a confirmé de bonne heure que le transfert *solo consensu* s'appliquait au premier contrat de la vente doublée mobilière (73). En outre, lors de l'interprétation de l'article 1141 C.c., la doctrine n'a jamais douté que le deuxième acheteur devait acquérir sa propriété *a non domino*. Elle indique très nettement qu'ici la possession de bonne foi couvre le vice du droit du vendeur qui n'a, en réalité, aucune propriété à transmettre (74).

S'il en est ainsi, le deuxième acheteur ne peut faire son acquisition que par l'effet de la possession elle-même. À condition que le contrat soit valable, la loi permet que seule l'acquisition de la possession par un tiers de bonne foi couvre cette conséquence de la règle *Nemo plus juris*.... En conséquence de quoi le deuxième acheteur peut échapper à une éviction par le véritable propriétaire. Ce raisonnement ne rappelle-t-il pas l'acquisition d'un immeuble par l'effet de la transcription ? Cette assimilation nous fournira au moins une clef pour saisir le mécanisme théorique de la vente doublée (75).

Examinons donc la structure de l'acquisition mobilière un peu plus loin. Cette dernière se passe *de plano* au moment de l'acquisition d'une possession, de sorte qu'on n'a pas besoin de connaître l'intention de l'acquéreur. De plus, selon la doctrine, il s'agit ici d'un mode originaire de l'acquisition de la propriété : c'est-à-dire que la propriété que le possesseur acquiert n'a aucun lien avec celle du précédent propriétaire (76). Tout le raisonnement s'expliquant comme effet d'une possession, il ne reste plus d'ambiguïtés dans le mécanisme du transfert de la propriété ; par contre celui-ci s'éloigne d'autant de l'effet d'un contrat.

II - MEILLEUR RAISONNEMENT DE LA NOTION D'INOPPOSABILITÉ

A - ACQUISITION LÉGALE ET DÉCHÉANCE

26. Il faut revenir maintenant à la solution de la vente doublée au moyen de la publicité foncière. Primus vend son immeuble à Secundus et pendant que ce dernier tarde à faire la publication de son contrat, Primus vend ce même immeuble à Tertius, par exemple en vue d'un meilleur prix, et celui-ci publie tout de suite. Dans un tel cas, notre première proposition était de confirmer la plénitude de la propriété que Secundus a obtenue, et conséquemment d'appliquer la règle *Nemo plus juris*... à la deuxième acquisition (77).

---

(72) La dernière disposition le stipule explicitement. Cf. Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1622 et s. -
(73) Civ. 24 juin 1845, D. 1845, I, 309 ; C. de Bourges, 25 janv. 1841, précité ; C. de Douai, 5 fév. 1848, S. 1848, II, 742.
(74) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1537, 1623 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., Les Biens, 1980, n° 418.
(75) Les auteurs tentent parfois le rapprochement de ces deux acquisitions, mais cela semble être tantôt trop pratique (Carbonnier, op. cit., t. 3, n° 39), tantôt incorrect (Marty et Raynaud, loc. cit.). Par exemple, ce dernier raisonne comme suit. "Il est vrai que pratiquement l'article 1141 remplace pour les meubles corporels la publicité immobilière. Mais, dans le système français tout au moins, la publicité foncière ne purge pas les vices du titre d'acquisition et notamment celui d'acquisition *a non domino* : seule la prescription acquisitive pourrait le faire". Les auteurs méconnaissent ici l'acquisition *a non domino* chez le deuxième acquéreur.
(76) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1540.
(77) *Supra*, note (49).

Toutefois, au contraire du cas du droit mobilier, la doctrine et la jurisprudence ont toujours aimé détourner cet argument ou plutôt en étaient inconscientes. Jusqu'à une certaine époque, l'explication suivante était générale : "par suite du défaut de transcription, le vendeur est réputé, à l'égard des tiers, n'avoir pas cessé d'être propriétaire de l'immeuble vendu" (78). Évidemment, elles considéraient ce cas comme différent de l'acquisition mobilière.

27. Dans un tel raisonnement traditionnel, on estime apparemment que la publicité foncière est plus impliquée que la possession dans le processus de transfert de la propriété en général, et que, par conséquent, le résultat même de la première vente n'est pas exempte de l'influence de la publicité. Puisque le principe de la publicité dit que l'acquisition de la propriété est inopposable aux tiers si elle n'est pas publiée, celle de Secundus dans l'exemple de ci-dessus parait donc très imparfaite.

Mais, il semble que le défaut de la publicité n'entraîne, en réalité, qu'un inconvénient limité : si Tertius se présente et publie son contrat le premier, devenant ainsi propriétaire définitif (on n'en doute pas), la propriété de Secundus qui est incompatible avec celle de Tertius, ne peut pas exister. C'est bien pour cela qu'une déchéance fonctionne comme sanction vis-à-vis de son droit (79). En conséquence, il n'est pas nécessaire de mettre la propriété de Secundus en question à moins de la présence d'un tiers.

La jurisprudence admet cette conclusion lorsqu'elle décide que, si ni Secundus ni Tertius n'ont fait de publication, celui qui a contracté le premier est le propriétaire de l'immeuble disputé (80). Monsieur Lévis considère ce résultat comme une conséquence de l'opposabilité même, ou plutôt de l'exclusivisme du droit réel (81).

28. Or, le sens de l'expression "être inopposable aux tiers" dépend nécessairement de la notion du tiers. À cet égard, on peut remarquer que dans la publicité foncière, les tiers sont limités, traditionnellement et maintenant par l'article 30-1 du Décret du 4 janvier 1955 (82), aux successeurs du même auteur qui se disputent le droit concurrent, et qu'en plus, un de ces tiers doit avoir publié le premier (83). Ici, évidemment, le véritable tiers est une personne particulière déterminable. La propriété de Secundus peut être opposable à tous, sauf à ce tiers particulier qui revient à Tertius. S'il en est ainsi, l'inopposabilité ne se réduit-elle pas seulement à un changement de propriétaire ?

29. Secundus acquiert la propriété parfaite par la vente consensuelle, tandis que Tertius contracte avec Primus qui n'a plus rien à transmettre. Alors, pourquoi Tertius peut-il devenir propriétaire dans cette situation ? Il semble hâtif d'emprunter directement la théorie de l'acquisition *a non domino* en droit mobilier. Car la doctrine n'a jamais admis que la publicité foncière valait le titre comme la possession de l'article 1141 du Code civil. Elle n'a force ni acquisitive ni probante (84).

---

(78) D. Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1929, p. 68.
(79) Remarquons qu'ainsi seulement on peut employer le sens original de ce mot "déchéance" dans la publicité foncière. Sur son histoire, cf. *supra*, p. 2.
(80) Cass. civ. 1re, 12 nov. 1975, précité.
(81) Cela veut dire que l'acquéreur a sur l'immeuble un droit tel qu'il peut repousser toute revendication en nature. Lévis, op. cit., n° 164.
(82) La disposition est citée au n° 5.
(83) Si le premier acquéreur publie le premier, son droit étant opposable *erga omnes*, aucun problème à résoudre. C'est que le problème de l'inopposabilité arrive toujours entre le premier acquéreur non publié et l'acquéreur postérieur qui a publié le premier.
(84) Mazeaud, op. cit., t. 3, n° 707 ; Marty et Raynaud, op. cit., Les sûretés, la publicité foncière, n° 644.

C'est ainsi qu'on doit revenir à nouveau à notre principe traditionnel où la publicité décide le rang de priorité de l'acquisition (85). On peut l'observer plus clairement à propos de l'inscription hypothécaire que de l'acquisition de la propriété, puisque l'inscription fixe le rang des hypothèques (art. 2134 alinéa 1 C.c. modifié par le Décret du 4 janvier 1955). Mais on peut les interpréter de la même manière.

Au point de vue pratique, la préférence que le droit accorde à la publicité antérieure constitue la condition indispensable pour faire publier l'acquisition du droit réel (86). Vu du côté du premier acquéreur, celui-ci perdrait la priorité de l'acquisition, s'il ne la publiait pas ; la priorité passe au deuxième acquéreur qui privera le premier de son droit acquis, ce qui est la sanction véritable du manque de publicité (87).

Dans ces circonstances, on devrait estimer que l'acquisition de Tertius aussi est en fin de compte de nature contractuelle. Seulement la législation couvre le vice de ce contrat qui est le défaut du droit du vendeur. Elle le réalise en accordant la préférence à la formalité de la publicité plutôt qu'à l'antériorité du contrat. Il y a, en effet, ici un changement de priorité.

Ainsi, le fond de l'inopposabilité dans la vente doublée se présente sous la forme de remplacement où le premier acheteur sans publication est remplacé par le deuxième qui a publié. Nous proposons de caractériser ce déroulement juridique par la notion de l'acquisition légale et de la déchéance.

30. La doctrine indique cependant que l'acquisition légale n'explique rien dans sa définition, qu'elle ne permet pas de la distinguer des autres modes d'acquisition tels que l'usucapion, l'occupation et même le mode volontaire de transfert (88). La notion de l'acquisition *lege* est sans doute large et un peu vague, mais, au moins, elle distingue justement les deux sortes de ventes : celle qui est originelle comme mode volontaire de transfert et celle dérivée où le transfert de la propriété n'aurait pas lieu sans l'aide d'une disposition légale particulière (89). Bref, l'acquisition légale est une modification légale de l'effet du contrat. Tertius devient propriétaire non seulement par l'effet du contrat, mais aussi par l'application de l'article 30-1 du Décret de 1955.

Les conflits à résoudre se produisent donc toujours entre le premier acquéreur qui n'a pas publié et l'acquéreur postérieur qui a publié (90). Si celui-là fait la publication, son acquisition étant confirmée, il n'y a plus de menace d'acquisition concurrente. Dans cette situation, l'effet de la publicité est qualifié de confortatif du droit comme la doctrine et la jurisprudence l'indiquent (91). Par contre, la publicité du deuxième acquéreur ou du suivant a pour effet certain de couvrir la nullité du contrat, celle causée par le défaut de droit de l'aliénateur, de sorte qu'elle se montre plutôt constitutive du droit (92). Il est important d'admettre ces deux natures différentes de la publicité.

---

(85) *Supra*, n° 10 ; Besson, op. cit., p. 62.
(86) A ce propos, rappelons la critique de Madame Gobert à l'égard de la jurisprudence actuelle qui exclut la mauvaise foi du tiers. "Quelle prime aux indécis, aux négligents ou aux lents ! Va-t-on devenir suspect d'être diligent et de souhaiter régulariser au plus vite une situation juridique ?" Gobert, op. cit., p. 229.
(87) Dans le même sens : Lévis, op. cit., n° 211.
(88) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1540.
(89) Et sans la volonté du propriétaire actuel. Cf. Carbonnier, op. cit., t. 3, n° 39, p. 133.
(90) *Supra*, note (82).
(91) Cass. civ. 10 mai 1949, précité ; Goubeaux, op. cit., p. 639 ; Dagot, op. cit., p. 15.
(92) Il faudrait préciser que la publicité ne couvre ni le défaut de droit du vendeur ni le vice du titre excepté la nullité de cette sorte (Mazeaud, op. cit., t. 3, n° 657). Une force constitutive de droit peut paraître exagérée, mais il n'en reste pas moins que telle est au fond l'efficacité de la publicité.

Quant aux acquéreurs successifs qui n'ont pas publié, leur situation juridique ne vaut pas la peine d'être discutée, sauf s'ils obtiennent la possibilité de publier le premier postérieurement.

31. L'acquisition de Tertius *a non domino,* mais réalisée par l'effet légal de la publicité, semble n'être pas très différent de l'acquisition mobilière d'un possesseur. Cependant, cette dernière étant classée dans le mode originaire, la doctrine raisonne que le deuxième acquéreur obtient un nouveau droit sur l'objet de sa possession, droit indépendant de celui de son auteur, lequel est donc débarrassé de toutes les charges que l'auteur a contractées (93).

Dans la publicité foncière qui ne produit pas de titre, mais ne concerne que le rang, il semble que l'acquisition doive être nécessairement de nature dérivée. Le droit de Primus passe tel quel à Secundus, ou à Tertius chacun desquels le recevant selon le contenu de son contrat. C'est que la publicité ne fonctionne que dans le choix de l'acquéreur.

32. Alors, quelle est la relation entre Secundus et Tertius ? Lorsque ce dernier devient propriétaire avec sa publication, le premier perd sa propriété. Si Tertius veut reconnaître le droit de Secundus, il faut qu'il renonce à son droit acquis ou qu'il lui en fasse la donation. Telle est la logique juridique indispensable, parce que la décision automatique d'un propriétaire est exigée par la pratique (94).

Supposons ensuite que la propriété immobilière de Primus est l'objet d'une location. Le principe de *solo consensu* accorde à Secundus le droit au loyer dès le jour de la formation de la vente, plus précisément dès le jour de l'établissement de l'acte sous-seing privé, ou selon les cas, de l'acte notarié (95). Mais dès que Tertius fait sa publication, la situation de bailleur passe à celui-ci à partir du jour de son contrat. D'où il s'en suit parfois que l'un ou l'autre doit indemniser à son concurrent par exemple à titre de l'enrichissement sans cause.

Toutefois, à mesure que la pratique de la publicité se fixe dans la société, le transfert de la propriété sans publication devient de plus en plus rare, a fortiori le cas où de nouvelles relations juridiques se produisent sur cet immeuble inopposable aux tiers. Voilà donc pourquoi notre argument actuel demeure plutôt dans le cadre théorique, quoiqu'il soit important.

33. Il faut remarquer enfin que cette notion de l'acquisition légale et de la déchéance s'applique quelle que soit la mentalité du tiers, puisque c'est une technique d'interprétation neutre. Avant de décider si le tiers doit être de bonne foi ou non, ce qui est un sujet plus pratique, un autre examen du point de vue théorique est encore indispensable.

B - NOTION D'INOPPOSABILITÉ EN GÉNÉRAL ET EN PARTICULIER

a) Notion générale

34. Le système français qui combine le transfert *solo consensu* et la publicité est destiné à soulever le problème de la double vente, dans laquelle l'explication

(93) Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1539.
(94) Rappelons que la solution est la même pour l'acquisition mobilière par l'article 1141 C.c. Cf. Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 1538.
(95) Il arrive parfois que le tribunal n'admet pas le transfert de la propriété avant la formation de l'acte notarié. Cass. civ. 1re, 9 avril 1957, Bull. civ. 1957, I, n° 180, p. 147 ; Cass. com. 12 juin 1978, D. 1978, I.R. 426.

structurale du transfert de la propriété est particulièrement difficile. C'est d'autant plus difficile que la terminologie juridique d'"inopposabilité" est, de même que celle d'opposabilité, une notion très vague. Les termes d'acquisition légale et de déchéance que nous avons proposés devraient donc remplacer cette notion générale d'inopposabilité, afin de mieux représenter la fonction de la publicité.

En ce qui concerne la notion générale d'inopposabilité, Monsieur Bastian a autrefois présenté une analyse excellente et y a relevé la différence de la notion de nullité (96). Monsieur Duclos, d'autre part, a distingué l'opposabilité et la relativité (97), tandis que Monsieur Lévis a examiné la même notion d'opposabilité dans le domaine plus limité du droit réel, d'où il a dégagé la notion d'opposabilité comme substance du droit réel, et de plus, l'effet de publicité comme déchéance de cette opposabilité (98).

Or, à travers leurs œuvres, on remarque que tous les auteurs ont l'intention de régler le problème de la mentalité du tiers, en liant ce problème à la notion même de l'opposabilité. Toutefois, en ce qui concerne la publicité foncière, c'est Monsieur Bastian qui a toléré la mauvaise foi du tiers (99), tandis que Messieurs Duclos et Lévis ont conclu que le tiers qui profite de l'inopposabilité doit être de bonne foi. Ils soutiennent ainsi la jurisprudence actuelle sur ce sujet (100). En fait, telle est l'ambiguïté de la notion générale d'opposabilité qu'on ne peut pas beaucoup compter sur le résultat de l'examen de ce point de vue. Mais il est au moins nécessaire de le préciser.

35. Selon Bastian, la notion d'opposabilité s'emploie afin de rendre des actes inefficaces vis-à-vis d'une certaine catégorie de tiers intéressés qu'on doit protéger (101). C'est ainsi que la catégorie du tiers varie selon le but et la politique qu'on vise à réaliser au moyen de cette technique juridique de l'inopposabilité. Dans ce cas, l'acte ou le droit qui est inopposable aux tiers est considéré comme inexistant par ces derniers ; en d'autres termes, ils peuvent ignorer de tels actes.

L'auteur n'exige pas la bonne foi du tiers qui se prévaut du défaut de publicité, malgré qu'il présuppose que la formalité de publicité est apportée dans le but de faire connaître les rapports juridiques aux tiers qui doivent en être informés. Si on autorise la preuve de la connaissance réelle pour celui qui doit publier, on prive la publicité de sa force et de son utilité (102). Bastian insiste donc sur la nécessité de la présomption irréfragable que le tiers ignore l'acte non-publié : le tiers peut être de mauvaise foi en réalité.

36. Monsieur Duclos, en revanche, soutient que l'acte juridique doit être connu aux tiers auxquels celui-ci est opposé. La publicité foncière ayant donc pour but de donner des renseignement aux tiers, une fois que la publicité est faite, elle crée la connaissance supposée de ces éléments juridiques publiés (103) ; ces derniers passent pour connus aux tiers et sont donc opposables à eux. Monsieur Lévis raisonne un peu différemment, mais arrive à peu près au même résultat sur ce point (104).

---

(96) Bastian, op. cit., p. 351 et s.
(97) Duclos, op. cit., n° 4.
(98) Lévis, op. cit., n° 338 et s.
(99) Bastian, op. cit., p. 90 et s., p. 306.
(100) Duclos, op. cit., n° 430 ; Lévis, op. cit., n° 227
(101) Bastian, op. cit., p. 322 et s.
(102) Bastian, op. cit., p. 90 et s. Dans le mmême sens, cf. Lyon-Caen, note précitée ; Dagot, op. cit., p. 154 etc.
(103) Duclos, op. cit., n° 248.
(104) Parce que lui aussi présuppose la pertinence de la jurisprudence actuelle. Lévis, op. cit., n° 227.

Les deux auteurs analysent la notion d'opposabilité du point de vue du premier acheteur qui oppose *erga omnes* son droit acquis. Si le but de la publicité est de rendre les actes juridiques connaissables aux tiers, il est normal que l'effet de la publicité se lie avec la connaissance même du côté des tiers, quoiqu'elle soit de nature de fait. Lorsque Boissonade, autrefois, exigeait la bonne foi du tiers, son raisonnement était que la formalité de publicité étant créée pour informer ceux qui ignorent les actes, on n'avait pas besoin d'informer ceux qui les connaissent (105).

Mais la connaissance du tiers est-elle vraiment la condition de l'opposabilité ? À ce propos, on devrait évoquer le cas où ni l'un ni l'autre des deux acquéreurs successifs n'ont fait la publication. Dans ce cas, le premier acquéreur peut réclamer l'authenticité de son acquisition ; en d'autres termes, il peut prétendre à une acquisition *erga omnes* et *a fortiori* par rapport à son adversaire, et cela arrive indépendamment de la connaissance de ce dernier. Ce mécanisme a-t-il quelque différence avec celui de l'opposabilité par la publicité ? Après tout, le mot même de l'opposabilité semble ne dépendre jamais de la connaissance dans sa définition (106).

Il s'agit plutôt de savoir si le but ou la politique de la publicité foncière exige particulièrement la connaissance du tiers, comme condition de l'opposabilité. Dans la doctrine, on trouve évidemment une tradition selon laquelle les auteurs expliquent l'effet de la publicité en tenant compte de la preuve, en recourant à la présomption (107), ce qui semble apporter une propension à exiger la bonne foi du tiers.

37. La publicité foncière étant créée en vue d'informer les tiers de l'existence du droit, elle constitue une présomption et nécessairement une preuve de celui-ci par sa nature propre. Tel est le fondement de la discussion soutenue par les partisans de la bonne foi du tiers. L'acte publié est présumé connu, tandis que l'acte non publié est présumé ignoré. Récemment Messieurs Malaurie et Aynès ont hérité de cette conception dans leur traité, en ajoutant que ce principe de présomption qui devait être irréfragable était écorné par la jurisprudence actuelle (108).

Selon cette théorie de présomption, Secundus qui n'a pas publié ne pourrait pas prouver le fait de son acquisition et l'existence de son droit, d'où il suit que Tertius, profitant de la présomption de la bonne foi, pourrait lui-même prouver son acquisition au moyen de sa publicité. Mais, dans ce cas, pourquoi Tertius a-t-il pu acquérir son droit à prouver ? Ne prouver sa propriété qu'au moyen de la publicité, cela revient à dire ici que Tertius n'a pu réaliser son acquisition que par la publicité. C'est-à-dire qu'il ne s'agit pas ici de la preuve ou de la présomption, mais de la condition même de l'acquisition de la propriété. Monsieur Lévis argumente avec justesse lorsqu'il remarque que la publicité foncière ne concerne pas la preuve mais le fond (109).

En résumé, la notion générale de l'opposabilité ne concerne ni la connaissance ni la preuve ni même la présomption dans sa propre définition. Comme Bastian l'a justement remarqué, l'inopposabilité se traduit par l'inefficacité de l'acte critiqué à l'égard de certains tiers bénéficiaires que les législateurs veulent

(105) Boissonade, cité à Lévis, op. cit., n° 213.
(106) Il faudrait citer en plus un cas de l'enregistrement pour exemple. La doctrine interprète l'article 1328 du Code civil moyennant la terminologie et la notion de l'opposabilité, et cela toujours indépendamment de la mentalité des tiers. Cf. Bastian, op. cit., p. 343 ; Mazeaud, op. cit., t. 1, 1983, n° 419. Cependant, sur la dérogation de la jurisprudence, cf. Ph. Malaurie et L .Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 1990, n° 309.
(107) Cela s'applique à presque tous les partisans de la jurisprudence depuis 1968, y compris des auteurs du 19e siècle tels que Boissonade et Lyon-Caen. Toutefois, ce dernier insiste sur le formalisme.
(108) Malaurie et Aynès, op. cit., n° 292.
(109) Lévis, op. cit., n° 215. Pourtant, l'auteur dans son argument ne sépare pas de la notion de présomption, parce qu'il se base sur la thèse de Boissonade, tout en voulant y apporter une amélioration.

protéger dans un certain but (110). C'est ainsi qu'on peut exploiter cette terminologie afin de réaliser un effet juridique particulier dont la portée est restreinte à un cercle de tiers protégés. Puisque celle-ci est souple, on peut l'utiliser dans des domaines de droit très variés. Il semble donc que la substance de ce mot juridique doit être éclaircie et définie selon chaque cas particulier.

b) Notion particulière

38. Il s'agit maintenant de définir le véritable sens de l'inopposabilité par rapport à notre question. Certainement, la publicité foncière a pour but de protéger les tiers, ceux qui veulent contracter avec le vendeur après la première vente. D'où vient la nécessité de l'inopposabilité par laquelle la transaction sans publicité est considérée comme inexistante à l'égard de ces tiers protégés (111). Ces derniers, niant donc la vente précédente, peuvent contracter la leur pour qu'elle soit validée par l'effet de la publicité. La notion d'opposabilité exprime ainsi avant tout la force juridique par laquelle le premier acquéreur prétend son droit *erga omnes ;* tous les tiers ont le droit d'ignorer le contrat non publié qui est inopposable. Mais ce mécanisme ne réalise pas encore le transfert de la propriété.

Quant au deuxième acquéreur, d'un autre coté, son contrat est aussi inopposable à l'égard de tous, tant qu'il n'est pas publié. Mais, précisément, il doit être qualifié de nul, étant donné qu'il y a l'article 1599 du Code civil et la règle *Nemo plus juris*... Malgré cela, nous avons déjà confirmé que le deuxième acquéreur devient propriétaire dès qu'il publie, en rendant ainsi caduc le droit du premier acquéreur. C'est que le deuxième contrat devient opposable par l'effet de la publication (112). Nous avons confirmé plus haut que l'inopposabilité exprime essentiellement ce processus du changement d'acquéreur.

L'article 30-1 du Décret du 4 janvier 1955 l'a disposé concernant le premier acquéreur moyennant le mot "inopposabilité", naturellement parce que sa situation est la plus importante (113).

Or, lorsque la notion d'inopposabilité est ainsi particularisée dans la publicité foncière, quelque modification semble s'y introduire inévitablement. Par exemple, nous avons indiqué que le tiers ne peut pas renoncer à son droit acquis (114), malgré l'opinion différente de Bastian sous ce rapport (115). On peut admettre une telle particularité comme conséquence de la souplesse de cette notion d'inopposabilité.

39. Nous avons remarqué que dans la publicité foncière le tiers à être protégé est défini comme l'acquéreur plus tardif qui a publié le premier. Selon Bastian, c'est le but de la publicité qui détermine le tiers (116). Dans ce cas-là, on pourrait raisonner à l'envers sur le but de la publicité à travers cette condition du tiers.

Les auteurs des traités écrivent quelquefois que la publicité foncière a pour rôle de résoudre les conflits entre les acquéreurs successifs concurrents du même

(110) Bastian, op. cit., p. 352 et s.
(111) C'est ainsi que les tiers ont le droit d'ignorer les transferts non publiés (Mazeaud, op. cit., t. 2, 1626). Cette expression n'est-elle pas significative en soi de l'intention de tolérer la mauvaise foi des tiers ?
(112) On pourrait dire également que le droit du deuxième acquéreur devient opposable. Dans ce cas, l'opposabilité signifie la nature même du droit réel qu'il a acquis définitivement. Cf. Cornu, op. cit., n° 992.
(113) C'est ainsi que la notion d'inopposabilité, comme technique juridique, est de plus rapprochée de la notion de nullité relative, parce que cela signifie l'inefficacité de l'effet juridique vis-à-vis d'une certaine catégorie.
(114) *Supra*, p. 24, n° 32.
(115) Bastian, op. cit., p. 101 et s.
(116) Bastian, op. cit., p. 323.

immeuble (117), ce qui semble certainement correspondre à la condition du tiers mentionnée ci-dessus. Toutefois, le principe du Code civil et la règle *Nemo plus juris...* ne suffisaient-ils pas pour la solution de tels conflits ? On n'a pas créé la publicité pour une telle solution, mais pour la publicité elle-même, c'est-à-dire, pour rendre les actes juridiques publics. Il a fallu organiser un système d'information au moyen d'un registre foncier. Et pour cela, on a dû attacher l'efficacité de la transaction à la formalité de la publicité, en introduisant une nouvelle sanction d'inopposabilité (118).

Le but est avant tout d'organiser le registre, car c'est le seul moyen de donner des informations nécessaires aux tiers intéressés. La protection des tiers est une idée trop vague pour en déduire quelque notion utile. D'ailleurs, informer les tiers ne réalise pas la distinction entre l'information naturelle et l'information organisée. Sans doute le tiers qui jouit de la connaissance naturelle n'a pas besoin d'être informé, mais s'il respecte ainsi le droit non publié, ce même acte occulte pourrait nuire à d'autres tiers intéressés. C'est pourquoi la législation protège comme tiers celui qui est plus diligent à publier.

40. Il nous reste encore à savoir si, à travers la notion d'inopposabilité, on pourrait trancher le problème de la mentalité du tiers. Mais la terminologie même ne suggère rien sur ce point. Cela dépend de la politique législative concernant la publicité foncière ; c'est elle qui décide la catégorie du tiers à protéger, ce que Bastian indique. Si on ne protégeait que les tiers de bonne foi insistant sur la morale du consensualisme, la sanction de l'inopposabilité serait affaiblie d'autant, car en général celle-ci devient d'autant plus importante que le cercle des tiers est plus large. Répétons encore une fois que l'acquéreur doit avoir une bonne motivation pour faire une publicité rapide en raison de la menace de déchéance. La sécurité de la transaction ainsi doit importer plus que la propension normale de la jurisprudence à la morale (119).

Il faut ajouter cependant que le problème de la fraude est un autre sujet. La règle générale *Fraus omnia corrumpit* n'est jamais étrangère à ce domaine, de sorte qu'elle fait échec également à ce principe de l'inopposabilité par la publicité, lorsque la fraude est en cause. La jurisprudence traditionnelle était donc tout à fait juste, sans parler de la pertinence de l'expression "concert frauduleux". Mais il est préférable d'examiner ce problème à travers la jurisprudence actuelle et sa théorie de faute.

C - RÉEXAMEN DE LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

a) Fraude et faute

41. La nouvelle jurisprudence fondée sur la faute fait-elle fonctionner la publicité foncière mieux que la théorie ancienne ? Ici, le sujet de cette discussion actuelle se divise en trois questions : les tiers doivent-ils nécessairement être de bonne foi ? ; corrélativement, peut-on facilement distinguer la mauvaise foi de la fraude ? ; et enfin le revirement de la jurisprudence en 1968 était-il vraiment nécessaire et

(117) Marty et Raynaud, op. cit., Les sûretés, La publicité foncière, n° 645 et s

(118) La publicité foncière est munie également d'autres sanctions telle que l'amende civile, les dommages-intérêts et la sanction qui ressort de l'effet relatif de la publicité. Mais l'inopposabilité est indubitablement la plus efficace.

(119) Il s'agit en plus de la différence entre les droits mobilier et immobilier. La possession d'un meuble étant un fait, on ne pourrait pas admettre la concurrence pour une possession, laquelle revient à se disputer une chose. La bonne foi du tiers est donc acceptable. En droit immobilier en revanche, la publicité est une institution artificielle, de sorte qu'elle doit être organisée au moyen de la contrainte.

pertinent? D'ailleurs, toutes ces questions se rapportent à la protection du sous-acquéreur, comme nous l'avons déjà remarqué (120).

42. Nous avons également indiqué que la thèse de la faute dont l'origine remonte à Boissonade avait dans le fond l'intention de faire état de la morale du Code civil, en d'autres termes, du respect de la règle *Nemo plus juris*.... La condition de la bonne foi exigée des tiers n'est rien d'autre qu'une conséquence de ce raisonnement. En plus, l'article 1382 C.c. et sa théorie de la faute qui fonctionnaient très souplement, étaient commodes pour raisonner dans le domaine de la responsabilité délictuelle (121).

Mais, il semble inutile d'avoir recours au délit civil pour expliquer la règle de la publicité foncière qui est un système juridique indépendant en lui-même (122). Selon ce que nous avons indiqué, la publicité foncière constitue un mécanisme organisé avant tout pour le transfert de la propriété. Par conséquent, sa théorie se fonde nécessairement sur le droit réel et la règle de fond. De ce point de vue, c'est la solennité de la publicité qui doit l'emporter ; la formalité de la publicité étant un élément de l'acte lui-même (123), elle est exigée de tous les auteurs d'un acte à l'égard de tous les tiers réservés, ce qui apporte la sécurité de la transaction.

43. Il faut ensuite examiner la nécessité d'appliquer la règle générale de*Fraus omnia corrumpit*, et de trouver un critère pour le comportement frauduleux de ceux qui interviennent dans la transaction. Là on rencontre le problème de savoir s'il est possible de distinguer la mauvaise foi et la fraude caractérisée. Beaucoup d'auteurs ont donné leurs opinions sur ce sujet, les partisans de la faute insistant sur l'impossibilité de la distinction, les autres soutiennent la jurisprudence traditionnelle en affirmant son utilité. De toute façon, c'est une question difficile à trancher.

Nous avons déjà suffisamment raisonné pour confirmer la nécessité de donner une motivation de publier aux parties contractantes. Pour cela, il est nécessaire de permettre aux tiers d'ignorer les actes antérieurs sans regarder leur mentalité et ainsi de mettre en compétition pour la rapidité de la publication. Seulement il faudrait faire échec aux actes acquisitifs qui dépassent la borne de la libre concurrence au nom de la fraude.

Quant à la possibilité de distinguer la mauvaise foi et le concert frauduleux, contentons-nous pour le moment de nous ranger du coté des auteurs qui l'affirment (124). Bien que la distinction formelle soit difficile, on trouve toujours, dans les problèmes judiciaires, la nécessité d'une décision qui s'en remette à la discrétion subtile du tribunal. Notre problème ne fait pas exception (125). La meilleure solution aurait donc été le renouvellement de la théorie de la fraude caractérisée qui

(120) *Supra*, p. 7, note (17).
(121) Un passage fameux des observations de Monsieur Bredin mériterait d'être cité à plusieurs reprises : "L'article 1382 a suffisamment fait de ravage dans notre droit, pour qu'il ne lui fût pas aussi permis de détruire la publicité foncière". Bredin, obs. précitées, p. 565.
(122) Chose intéressante, Monsieur Lévis indique dans la jurisprudence actuelle une tendance vers l'abandon du recours à la responsabilité civile (Lévis, op. cit., n° 223 et s.), ce qui semble être un déroulement normal de la logique.
(123) Par conséquent, il est douteux que la Cour de cassation ait l'intention de châtier la faute de contracter une deuxième acquisition, sans tenir compte de la manière dont il l'a publiée. Si on doit tolérer l'acquéreur qui était de bonne foi lors de l'acquisition mais de mauvaise foi au moment de la publicité, ce serait pour cette raison que la faute de l'acquéreur n'est pas très grave en totalité. Cass. civ. 3 e, 13 oct. 1981, D. 1981. I.R. 550, Rev. dr. immob. 1982, 125, note Dagot ; Marty et Raynaud, op. cit., n° 767.
(124) Gobert, op. cit., p. 277 et s. ; Dagot, note sous Cass. civ. 3e, 30 janv. 1974 J. C. P. 1975, II, 18001 ; Plancqueel, note sous le même arrêt, Gaz Pal. 1974, II, 570 ; Penneau, note sous le même arrêt, D.S. 1975, 427.
(125) En ce qui concerne la distinction de la bonne foi et la mauvaise foi, cf. note Penneau, précitée.

pourrait être exploitée en faisant attention au glissement possible de sa substance vers la simple mauvaise foi.

44. Or, une telle solution de la part de la jurisprudence traditionnelle est-elle vraiment incompatible avec la théorie de la faute ? Si le principe de la publicité que nous avons constaté ci-dessus est respecté, la transaction immobilière en est d'autant plus apte à tolérer la libre concurrence (126). Dans ces circonstances, la vente doublée, précisément la conclusion de la deuxième vente ne constituera plus de faute en elle-même, parce que c'est un acte légal. Toutefois, s'il y a un acte frauduleux qui équivaut au concert frauduleux, cela étant un acte illégal, on peut alors le qualifier de faute aussi. Et la théorie de la faute pourra fonctionner plus justement en raison du contrôle de la Cour de cassation (127).

De même, quand on rejette un acte de mauvaise foi en considération de la morale, le comportement du deuxième acheteur dans une telle situation est à la fois frauduleux et fautif. Car la notion de fraude se caractérise également par l'ambiguïté et la souplesse (128). Bref, c'est le tribunal qui décide la substance de la fraude ou de la faute. S'il en est ainsi, il est important de préciser avant tout le mécanisme du transfert de la propriété immobilière et la logique qui fait fonctionner la publicité foncière. Par là seulement on pourra éclaircir de plus en plus le critère permettant d'éliminer les tiers immoraux.

b) Protection du sous-acquéreur

45. Lorsque la Cour de cassation a abandonné la jurisprudence habituelle en 1968, elle visait certainement à protéger le sous-acquéreur de bonne foi dans le cadre de la faute (129), sans parler de l'inclination à estimer le principe du Code civil. Revenons donc à l'arrêt de 1949 (130) qui a soulevé ce problème devant le tribunal pour la première fois.

Il s'agissait de la vente d'un immeuble dont le vendeur avait fait apport à une société immobilière civile qu'il avait frauduleusement constituée après sa première promesse de vente. Bien que la nullité de cet apport à la société ait été régulièrement confirmée par le tribunal, le sous-acquéreur de la société a soutenu que la nullité ne lui était pas opposable en raison de sa publicité de bonne foi et qu'il devait être préféré au premier acheteur qui avait publié plus tard. Voici ce que la Cour de cassation prononça selon sa position traditionnelle.

"Nonobstant sa bonne foi, ce sous-acquéreur doit subir les conséquences de la nullité du titre de son auteur et de la transcription que ce dernier en a faite, sans pouvoir opposer au premier acquéreur, pour lui être préféré, la priorité de cette transcription". La règle *Nemo plus juris...* fut appliquée à ce problème.

46. La doctrine n'était pas unanime pour soutenir cette conclusion de la Cour, tant s'en faut. À côté de partisans de la faute, certains auteurs ont réellement tenté de

(126) Ripert a indiqué le même phénomène concernant la relation entre l'Église et le droit civil : "Elle comprenait que le commerce ne pouvait se développer que par un certain sacrifice de la moralité du contrat. Au fur et à mesure que le droit civil s'est commercialisé, le désire de sécurité a dominé le besoin de justice". Ripert, op. cit., p. 326.
(127) Gobert, op. cit., p. 226.
(128) Pontavice, op. cit., Rev. trim. dr. civ., 1963, p. 658 et s.
(129) *Supra*, note (16).
(130) Cass. civ. 10 mai 1949, précité.

protéger le sous-acquéreur, tout en s'appuyant sur la théorie jurisprudentielle (131). En fait, il semblait être contre l'équité de sacrifier le tiers acquéreur de bonne foi.

Influencée sans doute par ces critiques de la doctrine, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 22 mars 1968, a soutenu l'argument de l'arrêt attaqué fondé sur la faute, bien qu'elle l'ait cassé afin de faire restituer l'immeuble qui était encore entre les mains du deuxième acquéreur de mauvaise foi. Monsieur Jean Mazeaud qui a commenté cet arrêt a remarqué avec raison que ce dernier n'avait d'autre conséquence que d'assurer la protection du sous-acquéreur de bonne foi (132). Il a approuvé la Cour de cassation en ces termes : "les tiers, sauf la connaissance personnelle qu'ils peuvent avoir d'une aliénation antérieure, sont en droit de se fier aux renseignements de la publicité foncière". C'est qu'il a nié l'obligation du tiers de se renseigner hors de la publicité. Évidemment, la jurisprudence de la Cour a adopté son opinion en n'exigeant que la bonne foi du tiers sans remettre sa négligence en question (133). Cette manière de juger dure encore, mais en apportant quelques modifications dans sa théorie de faute (134).

47. La théorie de la faute de la jurisprudence ainsi que le raisonnement de Monsieur J. Mazeaud qui l'approuve sont manifestement un développement de ce que Savatier, et plus anciennement Boissonade ont présenté, autrement dit, une application de leur thèse au problème du sous-acquéreur. On devrait cependant se demander si les tiers sont autorisés à se fier complètement à la publicité. La doctrine n'a-t-elle pas expliqué depuis toujours que la publicité foncière n'était qu'une mesure de renseignement, à la différence de celle de l'Allemagne, n'ayant ni la force probante ni la force attributive (135) ? D'ailleurs, la nécessité pratique de protéger le sous-acquéreur, ou même la demande de l'équité ne posera pas nécessairement les fondements de sa protection dans la logique normale de la publicité foncière.

48. Madame Gobert, à propos de cet arrêt, a remarqué que l'arrêt de la Cour de cassation de 1949 justifiait sa conclusion en ce que la nullité de la deuxième acquisition, de l'apport fait à la société fictive, équivalait spécifiquement à l'inexistence du deuxième acte (136). Elle prouve, de plus, que dans les cas normaux, l'inopposabilité étant de nature personnelle, il est possible de faire opposer le droit non publié au deuxième acquéreur frauduleux et de le refuser vis-à-vis du sous-acquéreur de bonne foi. Est-ce qu'elle suggère d'engager le sous-acquéreur dans la concurrence de la priorité par la publicité ? Mais, dans ce cas-là, on ne pourrait pas exiger la bonne foi du sous-acquéreur, tout en tolérant la mauvaise foi du deuxième acquéreur. En outre, cela dérogera à l'article 30-1 du Décret du 4 janvier 1955, parce que le sous-acquéreur n'est pas l'ayant cause propre du même auteur.

De toute façon, la Cour n'aurait pas dû compromettre la théorie de la fraude qui assurait le jeu normal des règles de la publicité foncière (137). Ce qui est important avant tout, c'est donc de trouver un meilleur raisonnement pour réaliser la protection du sous-acquéreur dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle. Son

(131) En recourant soit à la théorie de l'action paulienne, soit à l'adage *Error cmmunis facit jus* . Hamel, note sous Paris, 11 mai 1945, D. 1947, 62 ; Planqueel, note précitée.
(132) Mazeaud, note précitée.
(133) Cass. civ. 3e, 28 mai 1979, Bull. civ. 1979, III, n° 116, p. 88.
(134) Par exemple, la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 janvier 1983 (Bull. Civ. 1983, III, n° 3, p. 30), a toléré la publication faite en mauvaise foi, à condition que l'acquéreur avait été de bonne foi quand il a obtenu son droit.
(135) Mazeaud, op. cit., n° 707 ; Cornu, op. cit., n° 1606.
(136) Gobert, op. cit., p. 231 et s.
(137) Gobert, loc. cit.

résultat pratique, qui risque d'encourager les fraudeurs (138), n'a pas été mis en cause dans le cas du droit mobilier.

49. Le principe de la priorité de rang par ordre de publicité ne peut avoir son sens propre que lorsqu'il tolère les tiers de mauvaise foi. S'il en est ainsi, ce principe est essentiellement différent de celui qui protège les tiers de bonne foi en raison de leur confiance dans le registre foncier. Si le sous-acquéreur de mauvaise foi est protégé par la publicité, il pourrait y avoir collaboration de ce dernier avec son auteur frauduleux, ce qui serait tout à fait inadmissible.

Le problème du sous-acquéreur revient, au bout du compte, à celui de la protection de la sécurité de la transaction, ou plus précisément de la protection du tiers victime de l'acte frauduleux, et non pas au défaut de publicité de son concurrent (139). S'agissant de la sécurité de la transaction, il est nécessaire non seulement que le sous-acquéreur soit de bonne foi, mais aussi qu'il remplisse son obligation de se renseigner qui convient à sa situation (140).

50. En fin de compte, il semble que la solution propre de la protection du sous-acquéreur ne puisse être réalisée que par la législation elle-même. Il faudrait introduire dans le Décret du 4 janvier 1955 une nouvelle disposition qui traite uniquement ce problème. Comme il s'agit ici d'une autre catégorie de tiers que celle de l'article 30-1 de ce Décret, la condition indispensable de la bonne foi doit être formulée régulièrement comme dans l'article 1141 du Code civil. Comme ce dernier protège la possession acquise, la publicité foncière protège, cette fois-ci, la publication elle-même en la rendant constitutive du droit dans son nouveau domaine, ce qui revient au renforcement de notre publicité par la force probante.

CONCLUSION

51. La théorie de la publicité foncière fut le sujet d'une vive discussion surtout depuis l'introduction de la transcription par la loi de 1855. En fait, le système, quoique compliqué, se montre bien ordonné autant que les traités du droit civil contemporain le décrivent. Toutefois, une fois qu'on aura mis son fondement au point, on rencontrera des questions laissées inaperçues, lesquelles constituent une partie opaque de sa structure. Tel est le problème de la vente doublée dont nous avons tenté d'éclaircir l'explication théorique.

L'observation approfondie devait commencer, selon notre point de vue, par la mise en relief de l'antagonisme théorique immanent à la publicité foncière française : la publicité de la transaction immobilière doit être réalisée en gardant en même temps le principe essentiel du transfert *solo consensu*. Les questions difficiles émanent de la nécessité d'harmoniser ces deux principes incompatibles par le moyen de l'interprétation. En outre, cette tache est d'autant plus compliquée que ce système se fonde sur la notion vague de l'inopposabilité.

52. En concentrant nos réflexions sur la structure juridique de la vente doublée qui n'est rien d'autre qu'un produit de ces deux principes antagonistes, nous avons proposé comme meilleure explication de cette dernière, une thèse que nous avons concentrée sur la notion de l'acquisition légale et de la déchéance.

(138) Gobert, loc. cit. ; Pontavice, op. cit., p. 667.
(139) Pontavice, loc. cit.
(140) Pontavice, loc. cit.

Cet argument implique d'abord que la propriété relative, c'est-à-dire la propriété qui se rattache à la fois au vendeur et à l'acheteur ne convient pas au système du droit français. Le transfert *solo consensu* et la règle *Nemo plus juris...* font du premier acquéreur un propriétaire parfait, bien loin du créancier immobilier, de sorte qu'il faut admettre franchement que la deuxième acquisition est *a non domino*.

C'est la législation qui permet au deuxième acquéreur de devenir propriétaire par l'effet de la publication prioritaire, plus rapide. La publicité se montre donc acquisitive du droit dans la mesure où elle couvre la nullité du droit de l'auteur. En revanche, la publicité du premier acquéreur serait d'une nature confortative du droit.

La raison d'être de la publicité foncière consiste certainement à protéger les tiers, avant tout le tiers qui serait victime de la double vente du vendeur. Mais ce but se réalise dans le processus de la loi qui organise le registre foncier en faisant fonctionner la publicité par la sanction de la déchéance. C'est pourquoi la publicité foncière a créé un nouveau mode d'acquisition de la propriété, en recourant à la terminologie de l'inopposabilité. Pour écarter la bonne foi du tiers comme condition, on pourrait citer l'explication suivante d'un auteur : "Le sacrifice de la règle morale peut être accepté si l'on sait que l'on fait délibérément un sacrifice" (141).

La propriété des tiers par ailleurs se réalise par le fait que la publicité foncière fonctionne comme moyen d'information. Tous les tiers profitent du registre pour se renseigner sur le droit de leur partie contractante. Le sous-acquéreur n'y fait pas exception. Toutefois, on ne peut pas déduire la force acquisitive du droit de ce niveau de la discussion, car la notion du tiers est ici très large et n'est jamais déterminée.

D'un autre coté, l'article 30-1 du Décret de 1955 ne se vise manifestement que le deuxième acquéreur comme tiers. Il s'ensuit donc qu'il faut introduire dans ce Décret de 1955 une nouvelle disposition qui protège spécifiquement le sous-acquéreur de bonne foi, conformément au but. La notion d'inopposabilité réalise ainsi un autre mode d'acquisition.

53. C'est ainsi qu'on pourrait conclure que l'état actuel de la jurisprudence est d'une nature transitoire, la thèse de la faute étant appliquée incorrectement. La Cour de cassation confond les deux problèmes de protection celui des ayants cause du même auteur et celui du sous-acquéreur, lorsqu'elle envisage de résoudre les deux à la fois, en recourant à la souplesse de la responsabilité civile. Mais la thèse de la faute là-dedans ne fonctionne pour le moment que grâce à un petit passe-passe de sa logique (142). D'ailleurs, la sanction de l'inopposabilité par défaut de publicité ayant été bien affaiblie, on pourrait prévoir certaine influence néfaste de cet illogisme dans l'avenir. C'est ce dont les critiques de la doctrine avertissent la Cour.

Au lieu de se contenter de la pratique actuelle de la publicité qui semble être bien enracinée dans la société, aidée sans doute par le notariat (143), il faudrait que la législation poursuive le long travail de l'amélioration de ce système traditionnel.

(141) Ripert, op. cit., p. 326 et s.
(142) Monsieur Lévis a remarqué là-dedans un échec de la responsabilité civile. Lévis, op. cit., n° 225.
(143) Cornu, op. cit., n° 1075.

LA NULLITÉ D'UNE CESSION DE VALEURS MOBILIÈRES RÉALISÉE EN VIOLATION DE L'ARTICLE PREMIER DE LA LOI DU 22 JANVIER 1988

MYTHE JURIDIQUE OU RÉALITÉ ?

Par

Jean-Louis BEAUFORT
Maître de Conférences à l'Université de Nancy II

1. - Dans une période de grands bouleversements économiques et de concurrence internationale sévère, à l'heure où la construction européenne va de pair avec une explosion générale des marchés financiers, la nécessité de fournir aux entreprises des moyens propres à favoriser leur expansion et leurs investissements, s'est clairement imposée.

Elle est donc bien loin l'époque où le Général de Gaulle pouvait affirmer que : ***"la politique de la France ne se fait pas à la corbeille"***. L'une des grandes préoccupations des pouvoirs publics est au contraire de stimuler le marché des valeurs mobilières et aussi, depuis quelques scandales retentissants, d'en assurer une moralisation propre à favoriser la confiance du grand public.

Désormais l'incitation au placement en Bourse, s'adresse à tous les épargnants, y compris à ceux - petits et moyens - qui ont longtemps réservé leurs économies au "bas-de laine", au placement "pierre" et au traditionnel livret de Caisse d'Épargne, considérés comme les meilleurs gages de sécurité.

2. - À cet égard, il n'est pas sans intérêt de scruter au plus près, certaines dispositions incluses dans les articles 1 et 2 de la loi du 22 janvier 1988, sur les Bourses des Valeurs ; texte repris par ailleurs à l'article 979 du Code Général des Impôts.

"**Article 1er :** *Les sociétés de Bourse sont seules chargées de la négociation des valeurs mobilières admises en négociation par le Conseil des Bourses de Valeurs mentionné à l'article 5 (alinéa 1er)...*

Les sociétés de Bourse sont seules chargées des cessions directes ou indirectes de valeurs mobilières...

...Les sociétés de bourse sont seules chargées des cessions directes ou indirectes de valeurs mobilières à l'exception des cessions effectuées entre deux personnes physiques, de celles effectuées entre deux sociétés lorsque l'une d'elles possède au moins 20 p. 100 du capital de l'autre, de celles qui, incluses dans une convention autre qu'une vente pure et simple, en constituent un élément nécessaire, de celles effectuées entre une personne morale autre qu'une société et une société lorsque la personne morale possède au moins 20 p. 100 du capital de la société, de celles effectuées entre sociétés d'assurances appartenant au même groupe et de celles effectuées entre personnes morales et organismes de retraite ou de prévoyance dont elles assurent la gestion...".

"**Article 2 :** *Les auteurs de négociations effectuées en contravention des dispositions du 1er alinéa de l'article 1er, sont passibles des peines prévues au premier alinéa de l'article 408 du Code Pénal.*

Les négociations et les cessions effectuées en contravention du même article premier, sont nulles. Leurs auteurs sont passibles d'une amende fiscale égale au double de la valeur des titres. Cette amende est recouvrée et l'instance introduite et jugée comme en matière d'enregistrement".

Les dispositions ainsi reproduites constituent, à certaines variantes près, la reprise des anciennes dispositions de l'article 16 de la loi de finances rectificative du 23 décembre 1964 : un texte édicté en son temps pour éviter que d'importantes cessions d'actions ne se réalisent trop aisément à des cours privilégiés entre grandes puissances financières.

Il avait eu pour conséquence de donner une dimension nouvelle à ce qu'on a appelé le monopole ou le privilège des agents de change, devenu aujourd'hui celui des sociétés de Bourse.

Héritée de l'Ancien Régime, bannie par la Révolution, et rétablie par la loi du 28 ventose An IX, cette institution a toujours eu pour finalité essentielle de protéger les épargnants contre des intermédiaires plus ou moins clandestins qui s'immisçaient dans la négociation des valeurs mobilières et conduisaient parfois leurs clients à des ruines retentissantes (1). Présentant les agents de change comme seuls dignes de confiance et seuls habilités à la négociation des valeurs mobilières "susceptibles d'être cotées", la loi avait cependant laissé une place plus ou moins étendue à des intermédiaires non agents de change : coulissiers, courtiers et autres, tantôt tolérés et tantôt pourchassés suivant les caprices de l'histoire et l'évolution des forces en présence (2). C'est finalement la loi du 29 juillet 1961 qui avait donné au privilège sa formulation moderne, en conformité d'ailleurs avec les dispositions de l'article 76 du Code de Commerce :

"Les négociations de valeurs mobilières seront toutes effectuées par les agents de change, constitués de la manière prescrite par les lois".

3. - La législation antérieure à la loi du 23 décembre 1964, et en tout cas à une ordonnance du 4 février 1959 demeurée sans application, n'était cependant pas allée au-delà de l'obligation imposée aux porteurs, désireux de négocier leurs titres en

(1) A. Lyon, Du privilège des agents de change devant la jurisprudence, 1881, Mélanges Anonymes, Bibliothèque de la Faculté de Droit de Paris, Cujas N° 51.915.
(2) V. Buisson, Le privilège des agents de change, Thèse Paris 1939, p. 115. s. ; Laporte, Le marché financier et la réforme de la profession d'agent de change, Thèse Paris II, 1974, p. 67 s.

ayant recours à des intermédiaires, de s'adresser aux seuls agents de change. En revanche, les personnes physiques ou morales détentrices de valeurs mobilières restaient libres de traiter directement entre elles. À cet égard, le monopole reconnu aux agents de change n'apparaissait donc que comme un privilège relatif.

La grande innovation de la loi du 23 décembre 1964 avait été d'en faire un privilège absolu pour certaines catégories de transactions : celles qui font intervenir au moins une personne morale, soit comme acquéreur, soit comme vendeur, et qui de ce fait, ne pouvaient plus se réaliser par simple cession de gré à gré mais uniquement par l'intermédiaire d'agents de change.

Loin de revenir sur cette orientation, la loi du 22 janvier 1988 affirme un peu sèchement que *"les sociétés de Bourse sont seules chargées des cessions directes ou indirectes de valeurs mobilières"*, tout en reprenant, il est vrai, l'essentiel des exceptions antérieures.

Comme la négociation par l'intermédiaire d'une société de Bourse implique par définition le respect des règles inhérentes aux transactions et cotations boursières, il en résulte une sérieuse atteinte au principe de la liberté contractuelle posé par l'article 1134 du Code Civil. En particulier, et dans les limites prévues par la loi, les parties se voient retirer la possibilité de traiter pour elles-seules à un prix conclu dans la confidentialité.

4. - Outre les peines de l'abus de confiance qui menacent les auteurs des négociations faites par des intermédiaires n'ayant pas la qualité de sociétés de Bourse, la loi maintient le principe de deux sanctions très dissuasives pour les auteurs des négociations et cessions irrégulières :

- L'amende fiscale égale au double de la valeur des titres (article 1840 N bis du Code Général des Impôts) dont le recouvrement est laissé à la diligence de l'Administration des Impôts suivant les règles propres au contentieux de l'enregistrement.
- La nullité de la cession irrégulière reprise dans l'arsenal traditionnel des sanctions prévues pour les atteintes au monopole des agents de change.

Ces deux sanctions n'ont cependant guère fait parler d'elles. En ce qui concerne l'amende fiscale, l'absence de tout contentieux connu pourrait sans doute s'expliquer par la règle du secret fiscal et par l'éventualité de transactions discrètes entre l'Administration et les justiciables. Mais s'agissant de la nullité civile, susceptible d'être invoquée par tout intéressé, la quasi-inexistence de jurisprudence doit conduire à s'interroger sur la véritable portée du texte. Les personnes concernées se seraient-elles montrées dociles au point de ne jamais enfreindre la loi, ou suffisamment habiles pour ne jamais se faire prendre ? En un mot, la nullité prévue par la loi de 1964 et, après elle, par celle de 1988, est-elle fréquemment encourue (I) ? Et à supposer qu'elle le soit, les règles juridiques traditionnelles permettent-elles d'en poursuivre aisément le prononcé (II).

I. - LA NULLITÉ ENCOURUE

5. - À première vue, les articles 1 et 2 de la loi du 22 janvier 1988, semblent poser une règle de portée très générale : les cessions directes ou indirectes de valeurs mobilières doivent être faites par les sociétés de Bourse. À la réflexion, il est cependant aisé de se convaincre qu'il ne s'agit là que d'une solution de principe (A), qui laisse subsister de larges exceptions constituant autant de "créneaux exploitables" pour les amateurs de ce qu'on appelle communément la "fraude légale" (B).

A - LA RÈGLE DE PRINCIPE

6. - a) Une remarque préliminaire s'impose : il ne faut pas tomber dans le piège de l'interprétation littérale de l'alinéa 3 de l'article ler de la loi de 1988. En prévoyant que les sociétés de Bourse sont seules chargées des cessions directes ou indirectes de valeurs mobilières, cette rédaction pourrait en effet conduire à penser que le monopole des sociétés de Bourse, s'étend à toutes les cessions de titres, quelles qu'elles soient sous les seules exceptions prévues à ce même alinéa.

Une telle interprétation conduirait par exemple à décider que l'intervention d'une société de Bourse est obligatoire pour des cessions d'actions qui n'ont jamais été introduites sur aucun marché financier.

Il n'en est évidemment rien et l'alinéa 3 de l'article ler ne peut en réalité se comprendre que par rapport à l'alinéa 1er du même texte, qui délimite le champ du monopole des sociétés de Bourse applicable aux **"valeurs mobilières admises aux négociations par le Conseil des Bourses de Valeurs"**.

Les travaux préparatoires de la loi sont à cet égard, sans équivoque (3) et on regrettera simplement que n'ait pas été conservée la formulation présentée à l'origine devant l'Assemblée Nationale et qui était la suivante :

"Les sociétés de Bourse sont seules chargées de la négociation des valeurs mobilières admises aux négociations par le Conseil des Bourses de Valeurs mentionné à l'article 5.

Elles sont également seules chargées de la cession de ces valeurs sous réserve des dispositions du dernier alinéa du présent article." (4).

7. - À partir de là, il faut se demander quelles sont les valeurs mobilières admises aux négociations par le Conseil des Bourses de Valeurs, dont la cession entraîne application de la loi.

La loi de finances rectificative du 23 décembre 1964 répondait clairement à cette question et visait :

- d'une part, les valeurs admises en France à la cote officielle d'une Bourse de Valeurs, et après son instauration à la cote du second marché,
- d'autre part, les valeurs ayant figuré au relevé quotidien des valeurs non admises à une cote dans le mois précédant la date de l'opération ; c'est-à-dire les valeurs inscrites au marché hors cote (5).

Les dispositions de la loi du 22 janvier 1988 apparaissent sensiblement moins claires, et l'article 6 laisse au Conseil des Bourses des Valeurs le soin d'établir un règlement général qui fixe notamment ***"les règles relatives à l'admission aux négociations des valeurs mobilières et à leur radiation"***.

L'article 25 paragraphe 2 ajoute que : ***"sont réputées admises aux négociations par le Conseil des Bourses de Valeurs, les valeurs admises à la cote officielle ou à la cote du second marché d'une bourse de valeurs jusqu'à la première réunion dudit conseil"***.

---

(3) Ass. Nat. : rapport fait au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi adopté par le Sénat après déclaration d'urgence sur les bourses de valeurs par Monsieur Philippe Auberger. Doc n° 1073 annexé au P.V. de la séance du 25 nov. 1987 p. 46 s.
Sénat : rapport fait au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi sur les bourses de valeurs par Monsieur Roger Cuinaud. Doc n° 44 annexé au P.V. de séance du 4 oct. 1987 p. 85 s.

(4) Ass. Nat. : projet de loi adopté par le Sénat après déclaration d'urgence sur les bourses de valeurs. Doc. n° 1002 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 28 oct. 1987, annexé au procès-verbal de la séance du 28 oct. 1987.

(5) voir Diener : l'entremise obligatoire d'un agent de change dans les cessions d'actions du marché "hors cote". D 1987 chron 2100.

8. - Il en résulte que les valeurs admises à la cote officielle ou à la cote du second marché, entrent toujours dans le champ d'application de la loi, mais que faut-il décider pour les valeurs simplement inscrites au hors cote ?

Dans une intéressante décision de principe, le Tribunal de Commerce de Paris a estimé le 16 mars 1990 que ces valeurs ne figuraient plus parmi celles pour lesquelles est institué un monopole de négociations au profit des sociétés de Bourse (6). Cette décision qui s'appuie sur des arguments techniques de poids, mérite d'être approuvée :

- D'abord, parce que la loi du 22 janvier 1988 ne contient aucune référence expresse au marché hors cote. De ce fait, et s'agissant d'un texte sanctionné pénalement et fiscalement, une interprétation restrictive paraît s'imposer.

- Ensuite, parce qu'il n'existe pas de procédure d'admission pour l'accès sur le marché hors cote où la négociation et l'inscription des cours s'effectuent désormais à la seule initiative de la société de Bourse, chargée de la négociation concernée, sans contrôle préalable du Conseil des Bourses des Valeurs (7).

Dans de telles conditions, il n'était guère concevable de faire dépendre l'application de sanctions aussi redoutables que la nullité de la transaction ou l'amende fiscale égale au double de la valeur des titres, d'inscriptions plus ou moins connues qui introduiraient sur le marché un facteur d'insécurité considérable. Comme l'a justement souligné Monsieur Forschbach ***"l'existence d'une procédure contrôlée et préalable d'admission, apparaît donc, non seulement en droit mais aussi en opportunité, comme une nécessité à l'application du monopole. L'extension de celui-ci au marché hors cote actuellement défini comme l'ensemble des valeurs ayant donné lieu à la cotation ou à l'inscription d'un prix indicatif au cours du mois précédent, nécessiterait probablement une réorganisation de ce marché"*** (8).

Une telle réorganisation est actuellement à l'étude et pourrait, par exemple, passer par une introduction officielle en Bourse des valeurs les plus demandées du marché hors cote (9) ; les autres s'en trouvant exclues (10).

Quoi qu'il en soit, et dans l'attente de cette réforme, la loi de 1988 apparaît, sur ce point, en retrait par rapport à la législation antérieure et il est désormais admis que les titres inscrits au hors cote peuvent faire l'objet d'une libre négociation sous les réserves résultant d'autres textes contraignants comme la loi du 2 août 1989 sur les Offres Publiques d'Achat ou les Cessions de Blocs de Contrôle.

B - LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE

Tout comme la loi du 23 décembre 1964, la loi du 22 janvier 1988 a prévu un nombre appréciable d'hypothèses dans lesquelles une cession directe redevient possible. Ces hypothèses concernent soit les personnes physiques, soit les personnes morales.

---

(6) Trib. Com. Paris. 18ème Ch. 16.03.1990 JCP. 90 ed. E N° 15.810 Note Forschbach. Rev de dr bancaire et boursier 1990 p 167.

(7) Article 319 du Règlement Général, voir par ailleurs Vasseur, Droit des Affaires, II, 1988, les Cours de droit, page 256 ; Viandier & Caussain, JCP. 1988 II, N° 15.240.

(8) Note précitée sous Tribunal de Commerce de Paris 16.03.1990. Voir aussi Forschbach et Mazet : Le monopole des sociétés de Bourse en matière d'opérations sur valeurs mobilières après la loi du 22 janvier 1988. Revue de Droit Bancaire et de la Bourse 1989 p 122 s.

(9) Par exemple, Air Inter, Pont-à-Mousson ou Revillon.

(10) Voir Peisse, "Le hors cote, moyen de financement, de transmission et de pérennité des Petites et Moyennes Entreprises", GP 1988 I. Doctr. 276.

a) Les cessions entre personnes physiques

9. - La négociation en Bourse n'est pas obligatoire pour les cessions réalisées entre deux personnes physiques (11). Cette exception importante paraît s'expliquer par deux arguments. D'une part, les pouvoirs publics hésitent moins à restreindre la liberté contractuelle lorsqu'elle met en cause des sociétés, dont la puissance engendre la méfiance, que quand elle concerne uniquement des particuliers. D'autre part, on postule volontiers que les personnes morales disposeraient seules de capitaux suffisants pour fausser la valeur des titres sur le marché en réalisant hors bourse des opérations suffisamment importantes.

Malheureusement, il n'est pas certain que les cessions directes réalisées entre personnes physiques soient toujours aussi inoffensives qu'on veut bien l'imaginer, et cela pour deux raisons :
- d'abord, parce qu'il existe en France quelques particuliers suffisamment fortunés pour réaliser entre eux de très importantes cessions d'obligations et surtout d'actions ;
- ensuite, parce qu'il arrive en pratique que des sociétés cherchent à tourner la règle légale en acquérant d'importantes quantités de valeurs cotées par l'intermédiaire de prête-noms, personnes physiques auxquelles elles procurent préalablement, directement ou indirectement par couverture bancaire, les capitaux nécessaires (12).

Quoi qu'il en soit, l'exception prévue en faveur des personnes physiques a été clairement voulue par le législateur. Il n'est pas sûr qu'il en aille toujours de même quant à la porté de certaines autres exceptions prévues par la loi.

10. - S'agissant des cessions entre personnes morales ou entre personnes morales et personnes physiques, le législateur de 1988 a repris toute une série d'exceptions déjà prévues par la loi du 23 décembre 1964. L'obligation d'avoir recours à une société de Bourse, ne s'applique pas :

"1°) aux cessions entre deux sociétés lorsque l'une d'elles possède au moins 20 % du capital de l'autre ;

2°) aux cessions entre une personne morale autre qu'une société et une société, lorsque la personne morale possède au moins 20 % du capital de la société ;

3°) aux cessions entre sociétés d'assurances appartenant au même groupe ;

4°) aux cessions entre personnes morales et organismes de retraite ou de prévoyance dont elles assurent la gestion".

---

(11) V. réponse de M. le Ministre de l'Économie et des Finances, J.O. déb. Ass. Nat. 12 février 1972, p. 333.

(12) L'acquisition d'actions d'une société par prête-nom n'est en effet prohibée en elle-même que dans les entreprises de presse, et encore cette prohibition n'est-elle désormais certaine que si l'opération est réalisée au profit d'une entreprise éditrice (article 3 de la loi du 1er août 1986 J.O. du 2 août 1986 p 9529). Néanmoins, et s'agissant des cessions réalisées hors bourse dans de telles conditions, l'idée de fraude à la loi est susceptible d'être invoquée comme un correctif possible, même en l'absence de texte directement applicable. Par ailleurs, et s'agissant de cessions très importantes, la notion d'action de concert est susceptible d'entraîner l'application de dispositions récentes, telle que la loi du 8 août 1989 sur les O.P.A.. Voir à cet égard Prat : Conventions de Portage et Droit Boursier. Rev de Dr Bancaire et Dr de la Bourse 1991 p 126 s.

Tous ces aménagements s'expliquent aisément. Le législateur n'a pas voulu entraver les opérations réalisées sur des titres cotés par des sociétés ou par des groupements pourvus de solides liens entre eux, et qui peuvent légitimement éprouver le besoin de modifier la répartition de leurs actifs, sans vouloir affronter les aléas de la Bourse.

11. - Il est cependant permis de se demander s'il n'existe pas là un sérieux risque de fraude. En effet, on risque de voir deux sociétés, qui souhaitent réaliser entre elles une cession directe de valeurs cotées, en constituer une troisième, destinée à servir de relais pour la transmission des titres ; par exemple en créant une S.A.R.L. dont la société venderesse détiendrait 20 % des parts et la société acheteuse 80 %. La S.A.R.L. ainsi constituée pourrait ensuite acheter hors Bourse les valeurs cotées à la société venderesse, puis les revendre à la société acheteuse.

Un tel mécanisme est évidemment assez complexe, et de ce fait même, il devrait être peu utilisé. Mais il pourra l'être, fort opportunément, pour des cessions très importantes qu'il y aura grand intérêt à réaliser "hors bourse" ; par exemple s'il s'agit de réaliser discrètement une prise de participation significative dans une société dont les actions tombent sous le coup de la loi (13).

Pourra-t-on seulement considérer une telle opération comme frauduleuse et la requalifier en une cession directe prohibée ? Rien n'est moins sûr, surtout si les parties prennent soin d'étaler dans le temps, les différents mécanismes de la transaction, ou mieux encore, de laisser les titres "en dépôt" dans le patrimoine de la société relais dont l'existence ne devrait pas se révéler bien gênante pour qui détiendrait la plus grande partie de son capital (14).

12. - Les modalités particulières dont peuvent être assorties les cessions de valeurs mobilières suggèrent d'ailleurs bien d'autres possibilités pour contourner la loi.

Ainsi, le troisième alinéa de l'article 1er de la loi du 22 janvier 1988, exonère ***"les cessions qui, incluses dans une convention autre qu'une vente pure et simple, en constituent un élément nécessaire"***.

La formule n'est pas d'une simplicité évidente et peut suggérer deux interprétations opposées :

- ou bien, il faut s'attacher à l'esprit du texte et considérer comme exonérées du passage en Bourse, les cessions de valeurs mobilières qui apparaissent non pas comme une vente mais comme la conséquence d'une opération juridique plus complexe, tel un partage ou un apport en société. Toutes les ventes, qu'elles qu'en soient les modalités, resteraient alors soumises à l'obligation légale, y compris celles qui n'apparaîtraient pas comme pures et simples au sens du droit civil ; mais la rédaction même de l'article 979 paraît condamner cette solution.

- ou il faut admettre que du seul fait qu'une convention stipule autre chose que l'accord sur le transfert de propriété des valeurs cotées et le prix, la cession qui en résulte n'a pas à se faire par l'intermédiaire d'une société de Bourse, faute de constituer une vente pure et simple.

Tel paraît bien être l'avis de la Direction Générale des Impôts qui avait précisé dans une note N° 9446, prise pour l'application des articles 16 & 17 de la loi du 23 décembre 1964 que ***"l'intervention d'un agent de change n'est pas exigée***

(13) Il convient toutefois d'observer que les dispositions législatives et réglementaires récentes relatives aux franchissements de seuils et aux cessions de bloc de contrôle, paraissent de nature à entraver certaines opérations de ce type.

(14) Voir cependant pour un cas de fraude reconnu Paris 18.03.1988 D 1989 359 Note Laroche-Gisserot.

pour les conventions telles qu'apports en société, partages, échanges de valeurs mobilières avec ou sans soulte, ou pour les ventes soumises à une condition suspensive ou résolutoire. En revanche, les achats ou les ventes qui comportent une clause prévoyant un délai pour la livraison des titres ou pour le paiement du prix sont visées par le texte" (15).

Au niveau des principes, on ne peut certes qu'approuver la stricte interprétation ainsi donnée à un texte dont les conséquences fiscales peuvent être redoutables. Par ailleurs, et même si une simple interprétation administrative ne lie en rien le juge civil (16), il est difficile d'imaginer qu'une juridiction de l'ordre judiciaire adopte, pour retenir la nullité civile, une interprétation plus sévère à l'égard des justiciables qui, pour démontrer leur bonne foi, invoqueront les écrits d'une administration précisément chargée de faire appliquer la loi.

Mais dès cet instant, de nouvelles possibilités s'offrent aux hommes d'affaires et à leurs conseils pour échapper aux prescriptions légales en réalisant des "cessions hors bourse". Ainsi, la vente à réméré d'actions ne peut-elle être considérée comme une vente pure et simple, et à partir de là, elle pourrait constituer une parade contre le texte, le vendeur s'abstenant simplement le jour venu d'exercer la faculté de rachat prévue.

13. - Autre astuce possible, les parties pourraient s'entendre pour que le prix d'actions à vendre soit payé, non pas en numéraire, mais en titres d'une réalisation facile -tels que des titres de rentes sur l'État- et pour que l'opération soit présentée comme un échange des actions à céder contre ces titres de rente ; ou encore pour que l'échange soit réalisé avec une soulte très importante par rapport à la valeur des titres échangés.

Dans ces cas, estime l'Administration Fiscale, il conviendrait de restituer à la convention, sa véritable nature et de considérer l'ensemble de l'opération comme entrant néanmoins, dans le champ d'application de la loi (17).

Saisi d'une action en nullité, le juge civil peut naturellement se livrer à une telle requalification, mais à la condition que soit rapportée la preuve du maquillage juridique. Ce sera sans doute facile si le cessionnaire des valeurs cotées a acheté des rentes d'État quelques jours avant de les "donner en échange" et si le cédant s'est empressé de les revendre sitôt l'échange terminé. Mais il en ira tout autrement si le cessionnaire a pris la précaution d'échanger les valeurs litigieuses, contre d'autres titres qu'il possédait depuis longtemps, et si le cédant a pris soin de conserver ces derniers en porte-feuille pendant un certain temps. De même, la soulte éventuelle pourra être dosée au plus juste pour éviter toute présomption de fraude.

S'il est particulièrement bien étudié, l'échange de titres risque donc de constituer une habileté juridique efficace pour éluder les prescriptions impératives de la loi (18).

---

(15) B.O.E.D. du 23 avril 1965.
(16) Voir par exemple, Cass. Crim. 14 janvier 1959, Bull. Crim. N° 44, Trib. Comm. Nice 30 mai 1960, J.C.P. 1960-II-11705, D. 1960, 566 Note Hémard.
(17) Note N° 9446 précitée.
(18) Il existe par ailleurs un autre type d'échange qui ne peut être suspecté de fraude à la loi. C'est celui auquel on procède à l'occasion de certaines opérations de restructuration dans le capital des sociétés : échange de plusieurs actions contre une seule de valeur supérieure, échange d'actions contre des obligations elles-mêmes convertibles en actions, etc... Il n'y pas alors de finalité lucrative directe et la loi du 21 janvier 1988 ne peut trouver aucune vocation à s'appliquer...

14. - L'exonération reconnue par la Direction Générale des Impôts aux ventes assorties d'une condition suspensive ou résolutoire, conduit à des observations du même ordre.

Conformément aux règles du Droit Civil, de telles conventions sont soumises à ***"un événement aléatoire à la réalisation future et incertaine duquel l'auteur ou les auteurs d'un acte juridique subordonnent la naissance ou la disparition de tout ou partie des effets de cet acte"*** (19) ; elles ne peuvent donc pas être qualifiées de ventes pures et simples comme si elles étaient affectées d'un terme ou de conditions particulières de paiement.

Mais suffit-il alors pour échapper à la négociation en Bourse, d'assortir l'acte de cession d'une condition suspensive dont la réalisation est presque certaine, ou d'une condition résolutoire dont on sait qu'elle n'a que très peu de chances de se réaliser ? Il y a tout lieu de le craindre car ici, plus encore que dans le système de l'échange, et hormis le cas d'un aléa entièrement fictif, la preuve de la fraude sera extrêmement difficile à rapporter (20).

15. - Le cas des ventes sous condition suspensive conduit cependant à une problématique assez particulière. Il est de règle, en effet, que dès la réalisation de cette condition, l'obligation devient rétroactivement pure et simple (article 1179 C. Civ.) (21). N'y-a-t-il pas lieu d'en déduire qu'une cession de valeurs mobilières affectée d'une telle condition n'est que temporairement exonérée de la négociation en Bourse, et qu'elle devra être régularisée par Société de Bourse sitôt connue la réalisation de l'événement prévu, à peine de nullité.

Une telle solution ne serait pas, a priori, dépourvue de logique juridique, mais plusieurs raisons doivent conduire à l'écarter.

D'une part, en effet, ce serait introduire entre les ventes sous condition suspensive et résolutoire une discrimination que le texte ne fait pas.

D'autre part, les règles du marché boursier sont telles qu'il ne sera pas toujours possible de régulariser l'opération au prix convenu entre les parties (22), et on courrait par conséquent, le risque de voir une transaction entièrement nouvelle succéder à la cession pourtant régulière initialement convenue. Enfin, il n'est pas plus étrange de voir exonérer les ventes sous condition suspensive ou résolutoire que les cessions réalisées par acte notarié comme ce fut le cas jusqu'à la promulgation de la loi du 21 décembre 1970 (23).

16. - De la validité des cessions directes conditionnelles, on peut déduire que les dispositions contraignantes de la loi ne trouveront que rarement à s'appliquer si les valeurs mobilières à céder sont des actions émises par une société dont les statuts comportent une clause d'agrément.

Dans ce cas en effet, il n'est pas très fréquent que l'agrément du Conseil d'Administration de la société ou de l'organe désigné par les statuts pour exercer le droit d'agrément soit sollicité préalablement à tout engagement juridique. Le plus

(19) Taisne : La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, Thèse Lille 1976/77, p. 605.
(20) Voir cependant pour une vente conclue sous condition suspensive l'obtention d'une autorisation au titre des investissements étrangers la décision contraire des autorités du marché critiquée par Mazet et Forschbach, article précité. Rev dr banc et de Bourse 1989 p. 14. De même à propos des contrats d'option de gré à gré passés par une banque avec sa clientèle. Voir la jurisprudence nuancée de la Cour de Paris : 27 oct 1987 D 1988. 143 note Martin et Synnet.
(21) Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Obligations, 6ème édit. par F. Chabas, n° 1035.
(22) Supra N° 7.
(23) V. infra. N° 20.

souvent, les parties procèdent entre elles à la transaction dont la réalisation définitive est subordonnée à un événement incertain : l'acceptation ou le refus d' agrément.

À juste titre, la jurisprudence en déduit que l'opération s'analyse en une cession sous condition suspensive ou résolutoire (24). Et c'est précisément une des hypothèses où la condition ne peut pas être fictive, puisqu'elle est imposée aux parties par une volonté extérieure qui résulte des statuts (25) (26). La cession hors bourse paraît donc tout à fait régulière...

Il n'en ira autrement que si l'acquéreur des actions cotées est déjà actionnaire de la société émettrice qui ne peut pas, de ce fait, lui opposer un refus d'agrément. La cession redevient une vente pure et simple, mais l'obligation de négocier les titres en Bourse qui paraît en découler apparaît comme un non sens juridique.

D'une part, en effet, il est difficilement acceptable de voir cette obligation dépendre de la qualité initiale d'actionnaire ou de non actionnaire de l'acquéreur des titres. D'autre part, et surtout, il faut savoir que les contraintes d'une transaction réalisée par l'intermédiaire d'une société de Bourse peuvent indirectement conduire à l'éviction de l'acquéreur convenu (27). Le risque est alors d'écarter un acheteur qui remplit les conditions statutaires au profit d'un autre qui ne serait pas dans cette situation et auquel l'agrément serait ensuite refusé (28).

Face à ce désordre juridique, les dispositions récentes de l'article 3.1.13 du règlement du Conseil des Bourses de valeurs, prévoyant que les clauses d'agrément doivent être supprimées dans les statuts des sociétés qui demandent l'introduction de leurs titres en Bourse, apparaîtront certainement comme un progrès. Tout en apportant un écho favorable aux réserves réitérées de la COB à l'encontre de la clause d'agrément dans les statuts des sociétés cotées où "elles restent et doivent rester tout-à-fait exceptionnelles" (29), elles laissent cependant subsister le problème pour les sociétés antérieurement introduites sur le premier ou le second marché.

17. - L'ancienne rédaction du texte suggérait une autre forme d'habileté juridique : le démembrement de la propriété, puisque seules les cessions de valeurs mobilières en pleine propriété étaient soumises au monopole des agents de change.

Cette restriction n'est pas reprise par la loi du 22 janvier 1988, mais faut-il pour autant en déduire qu'elle a cessé d'exister ? Vraisemblablement non. En effet, le marché boursier exclut par définition la cotation des titres vendus en nue-propriété ou en usufruit ; de sorte qu'on ne voit pas comment les sociétés de Bourse pourraient exercer leur monopole sur de telles transactions.

Dès lors qu'aucune interdiction ne vient s'opposer aux cessions de valeurs mobilières en pleine propriété ou en usufruit, il faut en conclure qu'à ce niveau, la possibilité de cession hors bourse subsiste. On peut donc imaginer dans un premier

(24) Trib. Com. de Roanne, 23 octobre 1935, GP 1935-2-902 ; Trib. Civil Cholet, 13.02.1925, GP. 1926-2-87, Note A.C., voir aussi Charron. Essai d'Analyse juridique des clauses de préemption. Journ. not. 1934-1057. Encycl. Dalloz, Rép. de Dt commercial, V° action n° 424.

(25) Taisne signale d'autres hypothèses dans lesquelles les parties ont l'obligation de recourir à la condition. Thèse précitée, p. 595.

(26) Certains auteurs considèrent cependant comme abusif l'emploi de la qualification de condition pour les cessions soumises à une approbation extérieure. V. Derouin : Pour une analyse fonctionnelle de la condition. Rev. trim. dr. civ. 1981, p. 1 ; N° 7 s. V. aussi Buisson Merkin et de Saint Mars, Société de Bourse, J.C.L. Sociétés, Banques et Crédit, Fasc 1565.

(27) En effet, deux parties peuvent fort bien se mettre d'accord sur une cession pratiquée à un cours donné, mais sans pouvoir la réaliser en Bourse si un tiers passe, le même jour, un ordre d'achat à un cours plus élevé. Il est donc possible que le tiers enlève le marché, tout au moins si le vendeur consent à cette nouvelle vente.

(28) Il ne resterait plus, éventuellement, qu'à faire revenir l'acheteur initial en le substituant au cessionnaire refusé, mais au prix payé par celui-ci.

(29) Rapport annuel de la C.O.B. 1979, p. ss, Voir aussi Rabut, J-Cl. comm. annexe, Bourse, Fasc. 8 A précité N° 29.

temps de céder l'usufruit portant sur un important lot d'actions cotées et de différer de quelques mois ou de quelques années, la transmission de la nue-propriété de ces mêmes titres qui pourraient faire l'objet d'une promesse de vente assortie de garanties suffisantes.

II. - LA NULLITÉ PRONONCÉE

18. - Les considérations qui précédent conduisent donc bien à cette idée que les cessions directes entachées de nullité doivent être peu nombreuses, ou difficilement décelables - ce qui explique l'absence de jurisprudence - et pour tout dire réservées aux malchanceux ou aux maladroits. Mais à supposer même qu'une violation de la loi puisse être clairement établie, existera-t-il des chances sérieuses de voir la nullité proclamée et la convention illicite anéantie dans tous ses effets ou encore effectivement sanctionnée par l'amende fiscale prévue ?

La réponse à cette question serait probablement affirmative si on devait s'en tenir au caractère théorique de la nullité (A), mais la prise en compte de certaines données jurisprudentielles liées à la recevabilité de l'action conduit à une opinion bien différente (B).

A - INTÉRÊT PROTÉGÉ ET NULLITÉ D'ORDRE PUBLIC

19. - Lorsque le législateur de 1964 a imposé aux personnes morales la négociation en Bourse des valeurs mobilières inscrites à la cote officielle ou au relevé quotidien "hors cote", il a écarté le principe du consensualisme pour faire de la cession d'actions ou d'obligations, dans les conditions prévues, un véritable contrat solennel. Un contrat est dit solennel, en effet, *"quand la volonté des parties exprimée de façon quelconque ne suffit pas à le conclure, le loi envisageant certaines formalités en l'absence desquelles, le contrat est frappé de nullité"* (30).

Même à une époque où les auteurs s'accordent à constater que **"la complication des rapports sociaux a provoqué une renaissance incontestable du formalisme"** (31), une exigence aussi rigoureuse n'est pas simple fantaisie. Comme c'est toujours le cas pour les contrats solennels, elle traduit une volonté affirmée de protection. Il ne s'agit pas, comme dans un contrat de vente d'immeuble, de protéger les parties en attirant leur attention sur la gravité de l'acte, mais de protéger des tiers étrangers à la transaction, principalement dans un but d'intérêt général.

20. - Cette préoccupation apparaissait sans équivoque dans l'exposé des motifs du projet de loi de Finances rectificative pour 1964 - future loi du 23 décembre 1964 - où l'on pouvait lire textuellement :

"Pour que l'épargne s'investisse plus largement en valeurs mobilières, il est nécessaire d'améliorer le fonctionnement des bourses de valeurs, notamment en interdisant aux personnes morales d'acheter ou de vendre des valeurs mobilières en dehors du marché".

L'article 6 de l'ordonnance N° 59-247 du 4 février 1959 relative au marché financier avait déjà prévu que les sociétés devraient pour toute cession de valeurs

(30) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, t. VII. par Paul Esmein, N° 113, Voir aussi Ripert et Boulanger, Traité de Droit Civil, t. 2, N° 45, notamment p. 21.
(31) Weill et Terré, Précis Dalloz de Droit Civil, Les obligations, 3ème édition, N° 117. Voir aussi Ripert & Boulanger précité, Marty & Raynaud, Droit Civil, t. 1, 2ème édition, N° 61 ; Flour & Aubert, éd. Armand Colin 1990, Droit Civil, Les Obligations, vol. 1., N° 322 s.

mobilières, recourir à l'intermédiaire d'un agent de change. Mais l'entrée en vigueur de ces dispositions avait été jusque-là différée.

Pour leur donner pleine efficacité, il a paru indispensable, au législateur de 1964 d'une part, d'étendre l'interdiction des "**cessions directes à toutes les personnes morales et, d'autre part, de donner à l'Administration des Impôts, le pouvoir de réprimer les infractions qu'elle serait amenée à constater dans le cadre des contrôles qu'elle effectue**" (32).

La Commission des Finances de l'Assemblée Nationale s'est montrée encore plus explicite en ajoutant :

*Il est apparu depuis quelques années que de nombreuses transactions portant sur des valeurs mobilières cotées en bourse s'effectueraient en dehors du marché boursier... Les inconvénients d'une telle procédure sont évidents. **L'existence de transactions occultes considérables tend à affaiblir fortement le montant des transactions sur le marché officiel. Elle enlève à la cotation officielle son intérêt essentiel qui est de faire apparaître un cours résultant de la confrontation sincère de l'offre et de la demande.** Elle a finalement pour effet de supprimer les garanties que l'épargnant est en droit d'attendre du fonctionnement normal d'une bourse des valeurs mobilières"* (33).

Six ans plus tard, les pouvoirs publics ont montré le même souci quand il fut demandé au législateur de corriger une *"inconséquence"* de la loi de 1964 en supprimant une exception qui permettrait d'éviter l'intermédiaire d'un agent de change en faisant constater les cessions par acte notarié (34).

"L'expérience a prouvé" peut-on lire dans l'exposé des motifs de la loi du 21 décembre 1970 *"que des valeurs mobilières peuvent être vendues, par acte notarié, à un prix très supérieur au cours de Bourse en vue de transférer à un nouveau groupe le contrôle d'une société sans que les autres actionnaires aient pu bénéficier de la possibilité de céder leurs titres à un cours comparable et sans que le public soit averti du changement de contrôle"* (35).

21. - L'objectif poursuivi par le législateur de 1964 et confirmé par celui de 1980 et de 1988, est donc sans équivoque. Il s'agit d'assurer le bon fonctionnement des bourses de valeurs et de faire en sorte que les cotations y soient bien le résultat du libre jeu de l'offre et de la demande ; ce qui doit permettre :

- d'une part, de protéger les petits épargnants et notamment les petits actionnaires de sociétés qui doivent pouvoir profiter des transactions portant sur des grandes quantités de titres pour réaliser leurs actions à des conditions aussi avantageuses que les gros porteurs ;
- d'autre part, de donner une meilleure image de marque aux bourses de valeurs afin d'y attirer un maximum d'épargnants ; un objectif plus que jamais d'actualité (36).

---

(32) J.O. 1964, documents Assemblée Nationale, séance du 24 novembre 1964, Annexe N° 1.190 p. 212.

(33) J.O. 1964, documents Assemblée Nationale, séance du 3 décembre 1964, Annexe N° 1.211, p. 323.

(34) Modification demandée à l'origine par la Commission des Opérations de Bourse qui dénonçait les abus engendrés par cette possibilité. Voir à ce sujet Rapport annuel de la COB 1970 p. 162.

(35) J.O. 1970, documents Assemblée Nationale, travaux préparatoires de la loi de finances du 21 décembre 1970, Annexe N° 1.395 p. 55 & 56. La Commission des Finances de l'Assemblée Nationale observait pour sa part que *"le caractère occulte de telles transactions ne pouvait évidemment qu'affaiblir le montant des transactions sur le marché officiel et enlever à la cotation son intérêt essentiel qui est de faire apparaître un cours résultant de la confrontation entre l'offre et la demande"*.

(36) Voir supra N° 1 & 2.

22. - Inspirées par *"une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi"* (37), les dispositions légales étudiées sont donc incontestablement d'**ORDRE PUBLIC** (38).

Elles relèvent plus particulièrement de cet ordre **public économique** que M.D. Farjat définit comme *"l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat"* (39).

Plus précisément encore, il s'agit d'un ordre public qui est à la fois de **protection** car il protège une catégorie d'épargnants considérée comme vulnérable, et **de direction** dans la mesure où il sert un choix fondamental de l'économie nationale (40).

Il en résulte que la nullité civile édictée par la loi du 22 janvier 1988 et représentée par l'article 1840 V du Code Général des Impôts, et qui frappe les cessions de valeurs mobilières consenties en violation de la loi, est nécessairement une NULLITÉ D'ORDRE PUBLIC, c'est-à-dire une variété particulièrement grave de NULLITÉ ABSOLUE avec toutes les conséquences juridiques qui s'y rattachent (41). Tel est d'ailleurs le point de vue de la Direction Générale des Impôts qui fait un rapprochement entre cette sanction et celle de l'article 1840 du C.G.I. frappant de nullité les contre-lettres qui ont pour objet une augmentation du prix stipulé dans certains contrats (42).

De son coté, la jurisprudence a toujours considéré que la nullité des transactions portant atteinte au monopole des agents de change est une nullité d'ordre public (43).

S'agissant plus précisément des dispositions de la loi du 23 décembre 1964, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation l'a admis implicitement dans un arrêt du 12 février 1968 (44).

21. - En théorie, cette analyse du caractère de la nullité devrait conduire à une grande souplesse dans la mise en oeuvre de l'action. Il est de principe, en effet, que l'action en nullité absolue protectrice d'un intérêt général - est beaucoup plus largement ouverte que l'action en nullité relative, protectrice d'intérêts particuliers : *"Le droit de critique doit être généralisé pour que la règle légale violée ait un maximum de chances d'être effectivement sanctionnée"* (45).

Dans cet esprit, la doctrine classique enseigne que l'action en nullité absolue se prescrit par trente ans (46), qu'on ne saurait renoncer valablement à s'en prévaloir et que tout intéressé peut l'exercer (47). Afin de donner à la règle sa pleine efficacité,

---

(37) Planiol, cité par Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public, p. 263.
(38) Voir aussi Ph. Malaurie, Travaux de l'Association Capitant, t. 7, p. 748, s. ; Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit positif, N° 175.
(39) L'ordre public économique, L.G.D.J. 1963, N° 3°, p. 38.
(40) Sur ce double aspect de l'ordre public économique, voir Carbonnier, droit civil, Thémis, t. 4 ; 11ème édit. N° 33, p. 133 ; Farjat, op. cit. N° 24, 28 & 153 s. Flour & Aubert, op. cit., N° 296 s.
(41) Infra N° 23.
(42) Voir la note N° 9446 de la D.G.I. précitée.
(43) Civ. 16 juin 1885, D.P. 1886-1-153 ; 21 mars 1893, Dr. fin 1893-138 ; Civ. 21 juin 1920, D.P. 1921-1-137.
(44) JCP. 1968-II-15.638, note Boitard.
(45) Couturier, La confirmation des actes nuls, Thèse Paris 1969, L.G.D.J. 1972, N° 306 & 307. Voir aussi, op. cit. N° 416 ;, Traité de Droit Civil, le contrat, 2ème ed 1988. n° 371 s.
(46) On a même parfois considéré et jugé qu'elle était imprescriptible (Cass. Civ. 16 Nov. 1932, S. 1934-I-1 note P. Eismen, Aix-en-Provence, 30 oct. 1950, JCP 1951-II5.945 note Becque, D. 1952-362, note L. Huillier). V. à propos de l'inexistence Cass. Civile 10 juin 1986 B.I. N° 159 p 159, RTDC 1987 p 535 obs. Mestre.
(47) Voir Marty et Raynaud, précit. N° 15 s. ; Flour et Aubert, précit., N° 324 ; Ghestin, op. cit. N° 739 s.

nombre d'auteurs s'accordent à souligner que *"la nullité a pour but d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne"* (48) et qu'il convient d'adapter son régime *"au but que la règle violée voulait atteindre"* (49).

Il est donc tentant de soutenir que l'épargnant informé de l'existence d'une cession de valeurs mobilières, faite en violation de la loi, devrait pouvoir engager l'action en nullité avec les meilleurs chances de succès. Mais un tel raisonnement fait abstraction de certaines particularités procédurales qui sont de nature à engendrer une certaine paralysie de l'action en nullité.

B - RÉGIME PROCÉDURAL ET PARALYSIE DE LA NULLITÉ

22. - Dans les faits, ce sont naturellement les fonctionnaires de l'Administration des Impôts qui ont le plus de chances d'avoir connaissance d'une cession directe prohibée, essentiellement à la faveur des contrôles réalisés dans la comptabilité des sociétés. Cette considération explique seule la coloration fiscale donnée à des dispositions dont la finalité est essentiellement économique.

Les personnes privées ne seront guère informées de cette cession qu'accidentellement, à moins évidemment qu'elles n'y aient directement participé. Mais à supposer que certaines d'entre elles souhaitent agir en nullité, elles rencontreront deux obstacles liés à la recevabilité de l'action : le régime particulier des nullités liées au monopole des agents de change (a) et la conception jurisprudentielle de l'intérêt à agir (b).

a) 23. - La nullité civile d'ordre public qui découle d'une violation du privilège des agents de change est pratiquement aussi ancienne que l'institution qu'elle protège (50). Indépendamment du cas particulier constitué par l'article 1840 V du C.G.I., elle a vu son existence réaffirmée par l'article 18 de la loi du 29 juillet 1961 (51), mais aucun texte ne précise comment il faut en concevoir la mise en oeuvre.

La réponse à cette question a été donnée par une construction jurisprudentielle qui s'est organisée à la fin du XIXème et au début du XXème siècle à propos des cessions irrégulières réalisées par l'intermédiaire des coulissiers (52). Elle s'est appuyée, pour l'essentiel, sur un vieil arrêt du Conseil du Roi, remontant au 24 septembre 1724 et libellé en ces termes

"Toutes négociations de papiers commerçables et effets faites sans le ministère d'un agent de change seront déclarées nulles en cas de contestation, faisant, sa Majesté, défense à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles, à peine d'interdiction de 300 livres d'amende, et à tous juges de prononcer aucun jugement, à peine de nullité desdits jugements" (53).

24. - Dans ce système qui n'a jamais été officiellement remis en cause, il a toujours été admis que la véritable sanction de la nullité est le refus d'action opposé à celui qui voudrait se prévaloir de l'acte illicite de quelque manière que ce soit :

---

(48) Japiot cité par Durry, Travaux de l'Association Capitant, T. XIV, Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, p. 615.
(49) Ibidem.
(50) Voir supra N° 3.
(51) "Sont nulles toutes négociations de valeurs mobilières faites par des intermédiaires sans qualité".
(52) v. supra N° 3.
(53) Cité par Salzedo : Le coulisse et la jurisprudence, étude sur le monopole des agents de change, 1882, Paris, éd. Larose et Farcel, p. 23.

Ainsi, le coulissier, ou plus généralement l'intermédiaire non bénéficiaire du monopole qui a organisé des transactions irrégulières, ne peut pas poursuivre le paiement de ses honoraires ou le remboursement de ses avances à l'encontre de ses clients (54).

Ainsi encore, le client qui a acheté et reçu les titres irrégulièrement, et qui trouve finalement l'affaire mauvaise, ne peut pas invoquer la nullité pour obtenir le remboursement (55).

Le vendeur qui a cédé ses titres et qui le regrette ne peut pas davantage arguer de la nullité pour se les faire restituer.

La même jurisprudence, qui s'oppose à ce que la nullité soit invoquée **par voie d'action,** admet au contraire qu'elle le soit **par voie d'exception pour** mettre en échec une cession irrégulière non encore achevée :

Ainsi, le vendeur désireux de poursuivre l'acquéreur des titres en paiement, pourra-t-il se voir opposer la nullité de l'acte.

De même, l'acheteur qui voudrait se faire remettre les valeurs mobilières convenues, mais non encore livrées, pourra-t-il se heurter à cet obstacle.

25. - Une telle jurisprudence est sans doute conforme au souhait du législateur quand elle s'efforce d'empêcher la réalisation d'une transaction irrégulière en cours. C'est beaucoup moins certain en revanche lorsque, par le refus d'action, elle tend finalement à s'opposer à la remise en cause des transactions qui se sont pleinement accomplies.

Différentes explications techniques ont été avancées à l'appui de cette solution (56). Aucune n'est pleinement convaincante, mais la plus proche de la vérité vient peut-être de l'adage **"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"** qui conduit à refuser à l'une des parties à une cession irrégulière la possibilité d'agir en répétition si le marché s'est finalement révélé désavantageux.

Certains auteurs ont voulu écarter cette thèse et ont préféré justifier la jurisprudence par des considérations d'intérêt général. Il fallait, selon eux, éviter *"le trouble effrayant causé dans les affaires par des demandes en répétition qui pourraient être fort nombreuses et risqueraient d'être intentées fort longtemps après l'opération passée"* (57). La sécurité nécessaire à ce genre d'affaires, ont-ils dit, commandait de ne pas remettre en cause des opérations entièrement réalisées, l'ordre public lui-même n'exigeant pas cela (58).

Pour fonder juridiquement une solution nécessaire, les juridictions auraient fort opportunément fait usage de l'arrêt de 1724 (59).

Si cette analyse doit être tenue pour entièrement exacte, il suffit qu'une cession de valeurs mobilières contraire aux dispositions de la loi du 22 janvier 1988 soit définitivement clôturée pour qu'elle ne puisse plus voir ses effets remis en cause. En effet, la nécessité de préserver la sécurité des transactions est aussi grande pour celles qui ont été faites par un intermédiaire qui n'est pas société de bourse (hypothèse de la jurisprudence classique) que pour celles qui ont été réalisées sans aucun intermédiaire. Mais il ne reste plus alors qu'à rêver sur cette extraordinaire

(54) Req. 23 février 1881, D.P. 1881-1-97, rapport Crépon et Bertauld.
(55) Civ. 22 avril et 29 juin 1885, D.P. 1885-1-273 et 275 ; Req. 6 janvier 1913, D. 1914- 13, note Chéron.
(56) Voir A. Geouffre de la Pradelle et H. Lévy-Ulmann, La négociation des valeurs cotées, Ann. dr. com. 1896.120 s.
(57) Lamassoure : La règle *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* exclusivement considérée dans son application au droit civil français actuel, Thèse Bordeaux 1936, p. 88 s.
(58) Le Tourneau : La règle "nemo auditur", L.G.D.J. 1970, N° 139, p. 152.
(59) Supra n° 23.

nullité absolue, plus difficile à mettre en oeuvre que la plus modeste des nullités relatives...

26. - L'explication de la jurisprudence classique par la règle "nemo auditur" paraît moins brutale dans ses conséquences. Elle implique que la paralysie de l'action en nullité ne doit apparaître que lorsque celle-ci vient à se confondre avec une action en répétition exercée par un contractant de mauvaise foi (60), mais que l'action doit rester libre s'il s'agit d'empêcher l'accomplissement total de l'acte illicite.

C'est précisément ce que la jurisprudence envisagée a constamment exprimé. À cet égard, il faut rappeler que, dans la presque totalité des cas, les affaires jugées mettaient en présence des contractants turpis fort mal placés pour faire aboutir leur demande, et que des décisions ont souvent précisé qu'on ne saurait accorder une action en répétition à celui qui avait agi **"en connaissance de cause"** (61) ; ce qui laissait bien entendre qu'il pouvait en être autrement pour un contractant innocent (62).

Cette explication permet aussi de mieux prendre en compte, tout au moins en apparence, les impératifs de la loi du 22 janvier 1988 (art. 979 et autres du C.G.I), inspirée notamment par un souci de protection des épargnants étrangers aux cessions illicites (63). Elle fait disparaître, en effet, l'obstacle de principe mis à l'action que pourrait engager l'une de ces personnes.

b) 27. - Mais à supposer qu'un tiers s'estime précisément lésé par une cession irrégulière dont il aurait eu connaissance et souhaite en faire prononcer la nullité, il lui faudra franchir un autre barrage : celui de l'intérêt à agir.

Sans doute aura-t-il en sa faveur tout un courant doctrinal moderniste qui s'écarte de plus en plus de la définition classique de l'intérêt à agir en matière de nullité absolue. Ainsi, Monsieur Couturier écrit-il que *"la notion d'intérêt à agir doit être largement comprise afin de multiplier les chances que la nullité soit effectivement prononcée même si on doit renoncer alors à prévenir le risque d'une dénonciation inopportune de l'illicite.*

Exiger un lien entre l'intérêt du demandeur et la règle que la nullité sanctionne conduirait au demeurant à rechercher un intérêt particulier protégé derrière toute règle protectrice de l'intérêt général ; cet intérêt n'existe pas toujours et c'est indûment qu'il deviendrait ainsi le moteur du régime de la nullité" (64).

Plus généralement, les auteurs modernes estiment que la nullité est une sanction qui ne vise pas seulement les actes mais aussi les personnes. Pour que les auteurs de l'illicite puissent être effectivement sanctionnés, ils souhaitent voir ouvrir l'action en nullité à toute personne qui, en raison de sa situation, a un certain intérêt à faire disparaître l'acte litigieux (65).

28. - Malheureusement pour l'action qui nous intéresse, ce raisonnement ne coïncide guère avec une jurisprudence qui continue à exiger que le demandeur à

(60) Presque unanimement, la doctrine moderne souligne que s'agissant d'actes illicites, nemo auditur n'a pas pour conséquence automatique la paralysie de l'action en nullité, mais seulement la paralysie de l'action en répétition. Voir H. et L. Mazeaud, obs. sur cass. civ. 4 décembre 1956, Rev. trim. dr. civ. 1957 p. 329 ; Le Tourneau, op. cit. N° 87 s. ; Ghestin, op. cit. N° 693, p. 585.
(61) V. par exemple Cass. civ. 22 avril 1885, S. 1885-1-249, précité, Cass. civ. 29 juillet 1896, D. 1897-1 - 100.
(62) Voir dans ce sens req. 13 mars 1889, Dr. fin 1889-174. Paris 5 mars 1892, D.P. 1893-2-17, req. 8 mars 1892, Dr. fin 1893-1. Ency. Dalloz, Rép. de Dr. Com., V° agent de change N° 400 s.
(63) Supra N° 21.
(64) Précité, p. 277.
(65) Voir Simler, note sous Cass. com. 25 mars 1974, JCP. 1976-II-18.378.

l'action en nullité se prévale d'un intérêt ayant un rapport étroit avec la nullité ; il doit faire la preuve d'un droit personnel antagoniste de ceux qui résultent de l'acte critiqué (66).

Même en matière de nullité absolue, les tiers sont difficilement admis à agir. Ils le sont en tant que créanciers, dans la mesure où ils peuvent démontrer que, sans leur action, le débiteur risquerait d'être insolvable et de ne pas pouvoir les payer (67). Dans les autres cas, il est généralement indispensable qu'ils démontrent à la fois la réalité du mal qu'ils sont subi et l'avantage qu'ils pourraient retirer de l'annulation sollicitée (68).

Le juge saisi d'une demande en nullité à l'encontre d'une cession de valeurs mobilières prétendument contraire à l'article 979 du C.G.I. devra donc examiner de très près la situation du tiers demandeur :

- Si celui-ci n'est qu'un spectateur indigné de la fraude, un don Quichotte de l'ordre moral n'ayant rien à voir avec les valeurs mobilières en cause, il faudra déclarer se demande irrecevable en application de la règle "pas d'intérêt, pas d'action".
- Si au contraire, il s'agit d'un tiers qui détenait des actions ou des obligations de même nature au moment de la cession illicite (69), la question sera apparemment plus délicate.

Le demandeur pourra certes prétendre qu'il a bien été privé de la fructueuse possibilité de réaliser ses titres dans les conditions prévues à la cession hors bourse (70).

Mais il faudra encore qu'il donne à cette affirmation un minimum de vraisemblance, en établissant qu'à cette époque, il était bien décidé à vendre à ces conditions ou à des conditions proches (71).

À supposer qu'il y parvienne, il faudra enfin qu'il démontre que l'annulation de la cession illicite lui permettrait de négocier ses titres si elle était prononcée. Or, il semble bien que cette condition ne puisse pas être remplie. En effet, la conséquence directe de l'annulation est le retour des valeurs irrégulièrement cédées dans le patrimoine du vendeur et le remboursement de l'acquéreur. Ce n'est pas la remise des titres à une Société de Bourse pour régulariser l'opération (72).

29. - Dans ces conditions, les tiers, que la loi a pourtant voulu protéger, auront sans doute bien des difficultés pour faire aboutir leur demande, **faute d'intérêt juridique.** Après le refus d'action opposé aux parties, pour des raisons théoriquement discutables mais moralement évidentes, il reste à se demander si quelqu'un peut véritablement envisager de faire prononcer la nullité d'une cession irrégulière entièrement réalisée.

---

(66) Voir, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, N° 770 p. 657 et l'abondante jurisprudence citée.
(67) V. Aubert : Le droit pour les créanciers d'agir en nullité des actes passés par son débiteur, R.T.D. Civ. 1969, p. 701 s.
(68) Cornu et Foyer, Procédure Civile, Thémis, p. 285 s.
(69) Par exemple de l'actionnaire d'une société anonyme dont une partie importante du capital s'est négociée hors bourse pour un montant trois ou quatre fois supérieur à la valeur des titres, comme c'est souvent le cas dans les prises de contrôle.
(70) Ou tout au moins dans des conditions avoisinantes car le cours pratiqué en Bourse n'aurait sans doute pas été exactement le cours de la cession directe.
(71) Tel sera par exemple le cas s'il produit un ordre de vente donné à l'époque pour un cours voisin de celui de la cession directe et insatisfait faute d'acheteur à ce prix.
(72) Tout au plus le tiers peut-il espérer que le vendeur aura besoin d'argent et devra procéder à cette régularisation. Mais c'est une simple éventualité, insusceptible de fonder l'intérêt à agir.

30. - L'Administration fiscale n'a reçu aucune habilitation légale pour agir en nullité devant les juridictions civiles et elle entend bien s'en tenir au recouvrement éventuel de l'amende fiscale prévue par les textes (73).

Ni le Conseil des Bourses des Valeurs ni la société des Bourses Françaises, ne semblent avoir reçu un quelconque droit d'ester en justice pour des hypothèses de ce genre. Toutefois, l'article 23 de la loi du 23 janvier 1988 a prévu la création par les sociétés de Bourses et la société des Bourses Françaises, d'une association chargée de les représenter collectivement pour faire valoir leurs droits et intérêts communs.

Les violations du monopole des sociétés de Bourses étant incontestablement de nature à porter atteinte à leurs intérêts, il est permis de penser que cette association pourrait se voir ouvrir l'action en nullité.

Par ailleurs et surtout, le Ministère Public est le défenseur attitré de l'intérêt général et de l'ordre public. L'article 483 du Nouveau Code de Procédure Civile, lui permet d'ailleurs d'agir **"pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci"**. En application de ce texte, le Procureur de la République doit pouvoir agir comme partie principale et demander **"le prononcé de la nullité sans courir le risque de se voir opposer aucun des obstacles qui paralysent l'action des parties privées. Il pourra à cet égard, recevoir toutes informations de la Commission des Opérations de Bourse, et même, solliciter tout avis auprès de cette institution dont les attributions n'ont cessé de s'élargir et qui doit essentiellement veiller à la protection de l'épargne investie en valeurs mobilières ou de tous autres placements donnant lieu à l'appel public à l'épargne"** (74).

Cependant, compte-tenu du principe hiérarchique qui régit le Ministère Public et de la réserve généralement observée par les Parquets à propos des affaires civiles, une telle attitude ne peut guère se concevoir sans un encouragement du Ministre de la justice, lui-même tenu de respecter une certaine logique gouvernementale.

Face à une voie juridique qui demeure très étroite, il appartient donc aux pouvoirs publics de dire clairement s'ils considèrent comme souhaitable la remise en cause des cessions de titres contraires à la loi mais entièrement réalisées ou s'il vaut mieux donner la préférence à la sécurité des transactions. En toute hypothèse, et quelle que soit la réponse donnée à cette importante question, il vaudrait probablement mieux revoir un texte qui reste mal conçu et difficilement applicable. À cet égard, les dispositions étudiées de la loi du 22 janvier 1988 peuvent apparaître comme une occasion manquée.

(73) Note N° 9.446 précitée.
(74) Jurisclasseur Sociétés, Decoopmann Nicole, Bourses de Valeurs : Organisation et autorité de tutelle fasc. 1.115 N° 145 S.

LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR VÉNALE DES FONDS DE COMMERCE PAR LA MÉTHODE COMPARATIVE DIRECTE : LA JURISPRUDENCE RIGOUREUSE DE LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION

Par

Marc COTTINI
Magistère de droit des affaires, fiscalité et comptabilité
Chargé de travaux dirigés en droit fiscal à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Faites une bonne affaire lors de l'acquisition d'un fonds de commerce et vous en ferez peut-être une mauvaise avec l'administration fiscale. La déclaration du prix de vente peut être effectuée, les droits de mutation peuvent être réglés dans les délais prescrits, le risque d'être encore en affaires avec le Trésor subsiste.

L'article 719 du Code général des impôts dispose que les droits de mutation perçus lors de la cession des fonds de commerce sont liquidés sur le prix exprimé dans l'acte de vente, ce dernier devant être enregistré dans le mois suivant sa date (1).

Or, rien ne permet de garantir à l'acquéreur du fonds de commerce que les droits payés lors de la formalité de l'enregistrement seront définitifs.

L'article L.17 du Livre des procédures fiscales autorise, en effet, l'administration fiscale, en dehors de toute dissimulation du prix payé, à rectifier la base d'imposition lorsque le prix déclaré est inférieur à la valeur vénale réelle, celle-ci s'analysant comme le prix que le jeu normal de l'offre et de la demande permettrait de retirer de la vente du bien au jour de la mutation (2).

L'administration fiscale qui entend percevoir les droits de mutation sur la différence entre la valeur vénale réelle et le prix déclaré doit cependant procéder à cette

(1) Article 635 du Code général des impôts.
(2) Cass. Com. 6 mai 1986, Chancel - Dr. Fisc. 1986, n° 30, comm. 1423 - Cass. Com. 4 octobre 1988, Nikaes - RJF 1/89 n° 131.

rectification selon la procédure du redressement contradictoire prévue aux articles L.55 et suivants du Livre des procédures fiscales. Elle devra ainsi, selon l'article L.57 du Livre des procédures fiscales, adresser au contribuable "une notification de redressement qui doit être motivée de manière à lui permettre de formuler ses observations ou de faire connaître son acceptation".

La charge de la preuve de l'insuffisance du prix exprimé dans l'acte incombe à l'administration qui doit mettre en œuvre une méthode d'évaluation répondant aux exigences de la motivation (3). L'administration va devoir dans un premier temps sélectionner une méthode d'évaluation susceptible de déterminer une valeur vénale réelle et dans un second temps mettre en œuvre cette méthode afin de permettre un débat contradictoire avec le contribuable.

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est montrée au cours de ces dernières années d'une grande rigueur vis à vis de l'obligation de motivation. Elle a dans un premier temps imposé le recours à la méthode par comparaison directe avec des cessions intrinsèquement similaires. Dans un deuxième temps, elle est devenue plus exigeante quant à la preuve de la similitude.

Cette souplesse désormais classique des juridictions judiciaires à l'égard des contribuables jette un doute sur la bonne application de l'article L.17 du Livre des procédures fiscales au point de se demander si la plupart des redressements mis en œuvre ne serait pas vouée à l'échec.

I - DÉTERMINATION DE LA VALEUR VÉNALE RÉELLE D'UN FONDS DE COMMERCE

Il n'existe pas de définition légale de la valeur vénale. Cette notion n'est pas propre au droit fiscal, mais apparaît plutôt comme une notion d'ordre économique puisqu'elle est censée être représentative du prix que le jeu normal de l'offre et de la demande permettrait de retirer de la vente d'un bien, abstraction faite de toute valeur de convenance. Elle suppose un vendeur et un acheteur parfaitement informés des conditions du marché et qui ne sont pas poussés par des motivations exceptionnelles à vendre ou à acheter. Il s'agit donc d'une mutation se déroulant dans des conditions idéales.

La valeur vénale d'un bien différera selon ses caractéristiques propres, qu'elles soient physiques, juridiques, ou économiques. Aussi, un bail commercial consenti à un tiers affecte la valeur de l'immeuble vendu (4). De même, un fonds de commerce nécessitant une autorisation administrative d'exploitation aura une valeur différente selon que sa licence d'exploitation est menacée ou non d'annulation au moment de la cession.

Plusieurs méthodes seraient susceptibles de déterminer une valeur vénale réelle. La méthode par comparaison directe avec des cessions similaires semble, au vu de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, être la plus adéquate aux exigences du redressement contradictoire (A). Il est cependant permis de s'interroger sur la mise en application d'une méthode de substitution en l'absence d'éléments de comparaison (B).

(3) Article 17 al.2 du Livre des procédures fiscales.
(4) Cass. Com. 7 février 1989, Sipéa - RJF 5/89 n° 640.

A - LE CHOIX D'UNE MÉTHODE DE DÉTERMINATION DE LA VALEUR VÉNALE RÉELLE DES FONDS DE COMMERCE

Quelle que soit la nature du bien, la méthode par comparaison se dégage des autres méthodes pour être retenue en priorité par les juges et l'administration tant au niveau des redressements relatifs aux droits de mutation qu'à celui des déclarations d'impôt de solidarité sur la fortune, les règles jurisprudentielles de détermination de valeur vénale étant d'ailleurs quasiment transposables.

En matière d'évaluation des immeubles, l'administration retient en priorité la méthode par comparaison directe avec des mutations analogues. Elle se réserve toutefois la possibilité de recourir à d'autres méthodes, à titre principal ou à titre subsidiaire, dans le but de corroborer l'évaluation principale. L'administration utilise ainsi quelquefois l'évaluation dite par le revenu. Cette dernière, adaptée aux immeubles de rapport, permet de déterminer la valeur vénale en appliquant un taux de capitalisation au revenu net de l'immeuble (5). Son application est cependant soumise à des conditions draconiennes rarement réunies, et est utilisée le plus souvent à titre accessoire pour conforter la méthode par comparaison directe.

En matière d'évaluation des terrains, L'administration semble s'efforcer d'imposer la méthode par comparaison (6). L'évaluation par application de barèmes de valeur vénale moyenne publiés au Journal officiel est cependant utilisée dans le domaine des terrains agricoles (7). L'administration devra tout de même tenir compte des caractéristiques propres au bien et procéder à des ajustements des valeurs indicatives (8).

En matière de fonds de commerce, l'administration procédait principalement à des évaluations de valeur vénale en utilisant une méthode par comparaison indirecte.

Dans un premier temps, elle appliquait au chiffre d'affaires ou au bénéfice des coefficients différents selon la nature du fonds (pour un fonds de commerce de pharmacie implanté en milieu urbain la valeur de base est comprise entre 90 % et 110 % du chiffre d'affaires annuel) (9). L'application de barèmes professionnels, même s'il s'agit de ceux employés par les experts et tribunaux, commande une certaine prudence, et l'administration fiscale tenait compte des particularités du fonds de commerce cédé, conformément aux recommandations de la Direction générale des impôts (10).

Dans un deuxième temps, elle procédait donc à une série de corrections, en plus ou moins values, tenant compte des caractéristiques particulières de l'affaire. Ainsi la valeur de base d'un fonds de commerce situé en milieu urbain est corrigée selon qu'il se situe dans un quartier commerçant ou non.

Cette méthode indirecte, même si elle aboutit éventuellement à la détermination d'une valeur vénale réelle, est censurée par la chambre commerciale de la Cour de cassation depuis un certain nombre d'années (11).

Il ne s'agit plus, en effet, de déterminer une valeur vénale réelle dès la notification de redressement mais une valeur vénale motivée. La valeur vénale réelle doit,

---

(5) Rép. Min. 16 septembre 1991 - J.O., Déb. Ass. Nat., 16 septembre 1991, p. 3724 - Dr. Fisc. 1992, n° 1, comm. 43.
(6) Rép. Min. 31 octobre 1981 - J.O., Déb. Sénat, 31 octobre 1981, p. 2364, n° 1742.
(7) v. Arrêté du 16 octobre 1992 - J.O., 14 novembre 1992, p. 15631 - modifié par l'arrêté du 26 janvier 1993 - J.O., 14 février 1993.
(8) Cass. Com. 10 mai 1988, Peras, à propos de terrains agricoles donnés en location - Dr. Fisc. 1988, n° 26, comm. 1367.
(9) v. Gazette du Palais 1993, n° 155-156, p. 8.
(10 v. Le guide de l'évaluation des biens édité par la Direction générale des impôts.
(11) Cass. Com. 6 mai 1986, Chancel - précité.
Cass. Com. 9 mai 1990, Granson - RJF 7/90 n° 924.

selon la Haute cour, être déterminée par le jeu du débat contradictoire devant s'engager entre l'administration et le contribuable, au besoin sous le contrôle du juge.

L'administration doit désormais procéder à une évaluation de la valeur vénale susceptible dans sa méthode de fournir tous les éléments au contribuable afin qu'il puisse discuter la valeur retenue dans la notification de redressement.

La méthode par comparaison directe est sans conteste celle qui répond le mieux à l'exigence de motivation et la chambre commerciale de la Cour de cassation rend son utilisation obligatoire : *" Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, qui ne procèdent à aucune comparaison tirée de la cession à l'époque de la mutation de fonds de commerce intrinsèquement similaires, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision"* (12).

L'administration fiscale n'est cependant pas toujours en mesure de mettre en œuvre cette méthode. Elle suppose, en effet, un stock d'informations important qui ne peut se concevoir que s'il s'agit de type de fonds de commerce couramment cédés. Dés lors, comment faut-il procéder lorsque, en l'absence d'éléments comparables, la méthode prescrite par la chambre commerciale s'avère impossible ? L'administration doit-elle dans ce cas abandonner toute tentative de redressement ou peut-elle procéder à la rectification par un autre moyen ?

B - PORTÉE DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE LA MÉTHODE PAR COMPARAISON DIRECTE

La valeur vénale d'un fonds de commerce doit être déterminée obligatoirement mais non exclusivement par la méthode par comparaison directe. La Cour de cassation estime, en effet, que le recours à une autre méthode est possible lorsqu'il n'existe aucun bien intrinsèquement similaire au bien transmis (13). La seule condition exigée est que la méthode retenue permette de fixer la valeur vénale réelle du bien : *"Attendu que si une méthode de calcul de la valeur d'un bien ne comportant aucune comparaison avec la vente de biens intrinsèquement similaires peut être adoptée à titre exceptionnel lorsque toute comparaison est impossible parce qu'il n'existe aucun bien présentant des similitudes avec celui en cause, c'est à la condition que la méthode retenue permette de fixer la valeur vénale réelle de ce bien"* (14).

Le principe apparaît clairement mais son application peut soulever des incertitudes. Qui doit mettre en œuvre la méthode de remplacement ? Quelle peut être cette méthode ? Qu'advient-il de l'obligation de motivation ?

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 mai 1988 en matière d'évaluation de terrains apportait des réponses déroutantes à ces questions : en l'absence de termes de comparaison, l'administration et l'expert désigné par le tribunal avaient estimé la valeur d'un terrain dépendant d'un ensemble immobilier au montant de la dépréciation que subirait l'ensemble immobilier si le terrain venait à être détaché. La Cour a estimé que le tribunal *"a pu en conséquence, tout autre mode d'évaluation se révélant impossible, adopter la méthode de calcul exceptionnelle de l'expert pour ensuite souverainement fixer la valeur vénale du terrain litigieux ;"* (15).

Il y avait en l'espèce carence de l'administration fiscale au niveau de la charge de la preuve, le tribunal ayant retenu la méthode de calcul de l'expert. Ne serait-il pas

(12) Cass. Com. 9 mai 1990, Granson - Précité.
V. aussi Cass. Com. 19 juin 1990 - RJF 8-9/90 n° 1130 - et Cass. Com. 4 octobre 1988 - précité.
(13) Cass. Com. 10 mai 1988 - Dr. Fisc. 1988 n° 28 comm. 1507 - en matière d'évaluation de terrains.
Cass. Com. 15 juillet 1992 - RJF 11/92 n° 1584.
(14) Cass. Com. 22 janvier 1991, Bartissol - RJF 4/91 n° 532 - en matière d'évaluation d'une marque.
(15) Cass. Com. 10 mai 1988 - précité n° 13.

permis de penser alors qu'il suffirait à l'administration de justifier de l'absence de termes de comparaison pour que la valeur vénale soit déterminée par le juge ? Si tel était le cas, cette jurisprudence n'en serait que condamnable puisque d'une part elle déchargerait l'administration de son obligation de motivation et d'autre part elle déplacerait le rôle du juge qui, au lieu d'arbitrer le litige, s'immiscerait dans la recherche de la preuve par l'intermédiaire de l'expert désigné par lui.

Cette interprétation doit heureusement être remise en cause actuellement. Un arrêt de la chambre commerciale de 22 janvier 1991 considère en effet qu'il n'appartient qu'à l'administration de motiver l'évaluation par elle retenue : *"Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il incombait à l'administration d'établir le bien-fondé de l'évaluation invoquée à l'appui du redressement et qu'il n'appartenait pas à l'expert de pallier la carence du service des impôts dans l'administration de la preuve,..., le tribunal n'a pas donner de base légale à sa décision ;"* (16).

Cette jurisprudence, conforme aux exigences du débat contradictoire, n'indique cependant pas quelle doit être la méthode susceptible de fixer une valeur vénale aussi proche que possible de celle qu'aurait entraînée le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel tout en étant motivée.

Certaines méthodes susceptibles d'être mises en œuvre sans procéder à des comparaisons directes, et notamment des approches comptables, ne semblent pas aboutir à la détermination d'une valeur vénale réelle mais plutôt à celle d'une valeur théorique économique qui ne se confond pas avec la première : *"Attendu qu'en se déterminant ainsi,..., sans préciser que la valeur retenue constituait le prix qui pouvait être obtenu, au jour de la mutation, par le jeu de l'offre et de la demande dans le marché réel, qui ne se confond pas nécessairement avec la valeur économique théorique du bien, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision"* (17).

La jurisprudence de la Cour de cassation recèle dans ce problème toute sa contradiction. Comment admettre que la méthode par comparaison directe est obligatoire puisqu'elle est la seule convenant aux exigences du débat contradictoire, et reconnaître le recours exceptionnel à une autre méthode d'évaluation. Cette solution peut difficilement se concevoir eu égard aux dispositions des articles L.17 alinéa 2 et L.55 du Livre des procédure fiscales, l'administration, et non le juge, étant tenue d'apporter la preuve de l'insuffisance du prix exprimé dans l'acte.

La prééminence de la méthode par comparaison se trouve confortée par un arrêt du 15 juillet 1992 (18). Ce dernier admet le recours à une autre méthode d'évaluation mais y apporte une nouvelle condition : encore faut-il qu'en l'absence d'élément de comparaison contemporain, il n'existe aucune mutation antérieure susceptible d'être actualisée (19).

La Cour de cassation avait pourtant considéré dans un arrêt du 4 octobre 1988 que l'administration ne pouvait pas déterminer le prix d'un fonds de commerce à partir de sa valeur d'acquisition actualisée. On peut légitimement s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit d'un revirement de jurisprudence ou si cet arrêt constitue une exception à la solution nouvelle.

La référence à des éléments actualisés, bien qu'elle soit une solution plus réaliste, ne va pas sans poser quelques problèmes. Au vu de quels éléments doit-on procéder à l'actualisation ? Doit-on prendre en considération les tendances du marché et l'évolution monétaire comme le proposent certains commentateurs ? On pourrait alors s'interroger sur la valeur de ces éléments puisque, d'une part, en l'absence de mutations contemporaines le marché et ses tendances semblent difficiles à cerner, et,

(16) Cass. Com. 22 janvier 1991 - précité.
(17) Cass. Com. 22 janvier 1991 - précité.
(18) Cass. Com. 15 juillet 1992 - précité.
(19) Cass. Com. 4 octobre 1988, Nikaes - précité n° 2.

d'autre part, l'évolution monétaire n'est pas suffisamment conforme à l'exigence de motivation.

L'obligation de motivation s'avère déterminante dans le choix de la méthode d'évaluation. Elle est tout aussi importante lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la méthode par comparaison directe.

II -LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉTHODE PAR COMPARAISON DIRECTE

Il résulte des dispositions des articles L.17 et L.57 du Livre des procédures fiscales que l'administration des impôts doit apporter la preuve de l'insuffisance du prix déclaré et adresser une notification de redressement qui doit être motivée de manière à permettre au contribuable de formuler ses observations ou de faire connaître son acceptation.

L'administration n'est cependant pas dans l'obligation dés la notification de redressement de déterminer exactement la valeur vénale réelle, celle-ci se trouvant en définitive fixée par le jeu du débat oral et contradictoire. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'administration fiscale se trouve sanctionnée dans l'hypothèse d'un défaut de motivation et non pas dans celle d'un défaut de coïncidence entre la valeur retenue dans la notification de redressement et celle retenue en fin de compte par le juge.

Elle doit par contre fournir dès l'origine les éléments de comparaison qui justifient son évaluation et démontrer leur similitude avec le fonds cédé. À défaut la procédure devra être considérée comme nulle.

L'obligation de motivation remplie, s'engage alors entre le service des impôts et le contribuable un débat contradictoire qui doit permettre la détermination de la valeur vénale réelle. Le contribuable devra dans la mesure du possible essayer de démontrer le caractère exagéré de l'évaluation retenue par l'administration. Dans cette hypothèse, et s'il est saisi du litige, le juge procédera à une réduction de la valeur retenue dans la notification de redressement, la valeur rectifiée étant censée représenter la valeur vénale réelle.

La motivation et le débat contradictoire, s'ils visent le même objectif, apparaissent donc distincts, la première servant de base au second qui ne peut s'engager sans elle.

Le contenu de la notification de redressement appelle de nombreuses précisions en raison de la rigueur observée dans les solutions rendues par la Cour de cassation (A). Cette notification motivée, le contribuable devra, pour éviter le redressement envisagé, soit s'en remettre uniquement à l'appréciation du juge, soit prouver que l'évaluation retenue est exagérée (B).

A - LA MOTIVATION, BASE DU DÉBAT CONTRADICTOIRE

L'administration doit établir le bien-fondé de ses prétentions sur la valeur vénale au moyen d'éléments de comparaison intrinsèquement similaires. Elle doit dans un premier temps fournir des termes de comparaison contemporains à la mutation litigieuse et dans un deuxième temps apporter la preuve de la similitude entre les différents termes et le bien en cause.

En principe, l'administration retient plusieurs termes de comparaison afin de déterminer une moyenne censée représenter la valeur vénale réelle du bien sur le

marché en cause (20). S'agissant de reconstituer le niveau d'un marché réel la solution consistant à retenir une pluralité de termes de comparaison semble logique. Or la Cour de cassation a admis qu'une notification de redressement était motivée alors même que l'administration n'avait fait état que d'un seul terme de comparaison (21). La solution peut paraître choquante de prime abord mais s'explique par le fait que le terme de comparaison retenu constituait l'unique mutation similaire à celle litigieuse, les exemples de cessions fournis par le contribuable ayant d'ailleurs été considérés comme non comparables par le juge.

Les termes retenus doivent en principe être contemporains à la cession litigieuse. La Cour de cassation admet cependant qu'à défaut d'éléments de comparaison contemporains il convient de retenir des mutations antérieures similaires actualisées (22).

Elle ne semble cependant pas admettre, à propos d'un litige concernant l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes, que les mutations invoquées soient postérieures au fait générateur de l'impôt : *"Mais attendu que le tribunal a énoncé à bon droit que les textes de droit fiscal sont d'interprétation stricte ce qui exclut un élément de référence dont la date est postérieure au fait générateur de l'impôt"* (23).

La Cour procède à une interprétation stricte de l'article 885-E du Code général des impôts qui prévoit que l'assiette de cet impôt est constituée par la valeur nette, au premier janvier de l'année, de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables. Les éléments pris en compte pour la détermination de l'assiette doivent être connus à la date du fait générateur. L'administration lorsqu'elle procède au contrôle de la valeur déclarée doit respecter ces règles car elle ne saurait reprocher au contribuable d'avoir omis de prendre en considération dans sa déclaration un élément inconnu de lui à la date à laquelle il devait se placer.

La majeure partie des commentateurs a étendu cette solution aux droits de mutation (24). L'administration considérait cependant que cet arrêt n'établissait pas une nouvelle jurisprudence, tout en recommandant à ses agents de faire état de termes de comparaison antérieurs à la mutation litigieuse (25). La solution transposable aux droits de mutation apparaissait donc incertaine.

L'arrêt du 28 janvier 1992 met fin à cette incertitude en considérant qu'il appartient à l'administration *"de justifier l'évaluation par elle retenue au moyen d'éléments de comparaison tirés de la cession, avant la mutation litigieuse, de biens intrinsèquement similaires"* (26).

Interdire à l'administration d'invoquer des cessions postérieures peut paraître toutefois illogique si celles-ci ont une réelle valeur comparative notamment si les services fiscaux ne disposent pas de termes antérieurs en nombre suffisant. En quoi

---

(20) Note du 8 avril 1991 de la Direction générale des impôts, "...comparaison avec des cessions, en nombre suffisant..." - Dr. Fisc. 1991, 2ème partie, n° 10369.
(21) Cass. Com. 3 juillet 1990, Sté Mosellane Automobile - RJF 10/90 n° 1287 ; Dr. Fisc. 1990 n° 43, comm. 2028.
(22) Cass. Com. 15 juillet 1992 - Précité n° 13.
(23) Cass. Com. 19 juin 1990, Fleury - RJF 8-9/90 n° 1129 ; Dr. Fisc. 1990 n° 32-38, comm. 1676 ; JCP (G) 1990, IV, 316.
V. aussi Cass. Com. 30 octobre 1989 - Dr. Fisc. 1990 n° 7, comm. 331 - Dans cet arrêt la Cour a fait valoir qu'il appartenait au tribunal de rechercher la valeur vénale réelle de l'immeuble dans son état de fait ou de droit au jour du fait générateur de l'impôt et non de retenir le montant d'une indemnité d'expropriation fixée postérieurement. À notre sens cette solution n'interdit pas la référence à des cessions postérieures, le problème soulevé concernant l'état du bien en cause et non une question de termes de comparaison.
(24) V. Albert Granier, "Le contrôle, par l'Administration fiscale, des prix de vente et des valeurs vénales des biens immobiliers, des fonds de commerce et des droits sociaux" - Journal des notaires et des avocats, 1992, n° 10, art. 60592.
(25) Instruction du 14 juin 1991.
(26) Cass. Com. 28 janvier 1992, Colaert - RJF 4/92 n° 575 ; Dr. Fisc. 1992 n° 18, comm. 969.

une cession intervenue un an avant la mutation litigieuse aurait une valeur comparative alors que celle intervenue une semaine après n'en aurait pas. Dans la mesure où l'objectif de la procédure mise en œuvre est de déterminer un prix objectif résultant du jeu de l'offre et de la demande sur le marché réel considéré, la référence à des cessions postérieures mais contemporaines ne devrait pas être analysée comme contraire à cet objectif, à condition toutefois d'apprécier de manière restrictive leur caractère similaire notamment si le marché est fluctuant.

Quoi qu'il en soit l'administration a reconnu l'interdiction ainsi formulée de faire référence à des éléments dont la date est postérieure au fait générateur de l'impôt c'est à dire à la mutation (27).

Le service des impôts doit en outre fournir des termes de comparaison similaires, la preuve de la similitude lui incombant : *"Ne répond pas à cette exigence* (de motivation) *une notification qui ... fait état d'éléments de comparaison sans préciser qu'ils se rapportent à la cession de biens intrinsèquement similaires dans les conditions usuelles dans le marché réel considéré ..."* (28).

Les termes de comparaison doivent être choisis en fonction de leurs caractéristiques juridiques et physiques. La preuve de la similitude implique alors pour l'administration la preuve de l'identité.

Des solutions rendues dans des litiges relatifs à des cessions d'immeubles et de terrains ou à des déclarations d'impôt de solidarité sur la fortune (29) fournissent des exemples de particularités affectant la valeur vénale réelle. L'administration devra ainsi tenir compte du fait qu'il s'agit de la cession de droits indivis (30), que la propriété du bien a été démembrée (31), que le bien cédé est donné à bail à un tiers (32), ou que le bien a fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique (33).

Ces particularités ne se rencontrent toutefois que très rarement en matière de cessions de fonds de commerce. Les caractéristiques dont l'administration doit tenir compte touchent moins la nature du fonds que ses conditions d'exploitation ou la consistance des différents éléments composant l'universalité du fonds. Elle devra ainsi tenir compte du fait que l'autorisation nécessaire à l'exploitation du fonds est menacée d'annulation ou que le fonds a été cédé à un non professionnel alors que son exploitation par un professionnel pourvu des diplômes exigés est obligatoire (34). Elle devra aussi tenir compte du fait que la mutation du fonds résulte uniquement de celle d'un élément incorporel (35).

L'administration doit ensuite tenir compte de biens similaires dans l'espace, c'est à dire dans leur environnement et dans leur emplacement. L'administration n'est

---

(27) Commentaire administratif de jurisprudence - Dr. Fisc. 1993 n° 14, 2ème partie, n° 10841.
(28) Cass. Com. 26 novembre 1990, Meyzenc - RJF 2/91 n° 233.
Cass. Com. 4 mai 1993 - Quot. Jur. 1993, n° 39, p. 4.
(29) Les solutions retenues en matière de détermination de la valeur vénale réelle à l'occasion de litiges concernant la cession d'un bien autre qu'un fonds de commerce ou la déclaration d'impôt de solidarité sur la fortune sont transposables dans leur quasi-totalité dans le contentieux de redressement de valeur vénale des fonds de commerce.
(30) Cass. Com. 19 juin 1990, Fayard - RJF 8-9/90 n° 1130 ; Dr. Fisc. 1990 n° 32-38, comm. 1677.
(31) TGI Rochefort/mer 18 mai 1988, Glotin - RJF 5/89 n° 647 ; Dr. Fisc. 1989 n° 30-31, comm. 1570.
(32) Cass. Com. 7 février 1989, Sipéa - RJF 5/89 n° 640.
(33) TGI Créteil 30 octobre 1990, Chodron de Courcel - RJF 7/91 n° 1026.
(34) Cass. Com. 15 juillet 1992, Rhin - RJF 11/92 n° 1584 - En l'espèce, un fonds de commerce de bijouterie- horlogerie-optique avait fait l'objet d'une donation au profit d'un non professionnel.
(35) Cass. Com. 12 janvier 1993, Parafrance Communication - RJF 5/93 n° 741 ; Dr. Fisc. 1993 n° 13, comm. 672-La concession d'un nom commercial peut entraîner la cession de la clientèle attachée au fonds de commerce (raisonnement à contrario). L'administration doit alors tenir compte de la spécificité de la structure du fonds cédé.
V. aussi Cass. Com. 12 janvier 1993, Chocolaterie du Cheval blanc - RJF 3/93 n° 457 - Le juge ne peut pas appliquer la méthode d'évaluation des fonds de commerce pour déterminer la valeur vénale de biens mobiliers constituant des éléments incorporels d'un fonds de commerce apportés indépendamment du fonds.

pas cependant enfermée dans des exigences de stricte identité : *"...cette exigence* (que la valeur vénale réelle soit déterminée par des comparaisons avec des biens intrinsèquement similaires) *n'implique pas que les biens ainsi pris en considération soient strictement identiques, dans le temps, dans l'environnement et dans l'emplacement, à ceux qui constituent l'objet du litige"* (36). Elle devra faire état de mutations de fonds de même type et préciser les éléments composant chaque terme.

Devront être obligatoirement mentionnés pour chaque terme de comparaison la date de la mutation, l'adresse, le nom commercial, la nature de l'activité exercée et le prix de cession, c'est à dire les éléments qui ont un caractère public du fait de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente des fonds de commerce (37). Ces éléments doivent être communiqués dés la notification de redressement, leur notification ultérieure en cours de procédure devant être sanctionnée (38).

Quant aux éléments chiffrés, tels que les chiffres d'affaires, les bénéfices, ou les coefficients prix de cession/chiffre d'affaires, la Direction générale des impôts recommande à ses agents de n'indiquer que des moyennes concernant plusieurs entreprises. Les règles du secret professionnel, auquel est astreinte l'administration fiscale en vertu de l'article L.103 du Livre des procédures fiscales, imposent de ne retenir qu'un seul coefficient moyen calculé sur l'ensemble des coefficients prix de cession/chiffre d'affaires moyen des trois dernières années (39).

Ces recommandations font suite à l'arrêt précité de la chambre commerciale rendu le 26 novembre 1990 qui impose la preuve de la similitude par l'administration. Dans cette espèce la motivation avait été jugée insuffisante, l'administration ayant seulement indiqué trois cessions intervenues dans des conditions convenables de simultanéité et de proximité géographique. L'administration avait cependant omis de fournir d'autres précisions sur ces fonds, les indications réclamées par le contribuable lui paraissant porter atteinte à la règle du secret professionnel. La Cour, en rejetant l'argumentation de l'administration, retient implicitement que cette dernière règle ne délie pas le service des impôts de son obligation de motivation. Dès lors, si le secret interdit à l'administration de motiver correctement le redressement celle-ci devrait s'abstenir.

L'obligation de motivation semble donc plus contraignante que la simple indication des éléments visée par la note précitée du 8 avril 1991.

La Cour de cassation a d'ailleurs considéré dans un arrêt rendu le 28 janvier 1992 que *"La seule indication par l'administration de trois actes ne permet pas au contribuable de discuter ces bases de références, ignorant tout des fonds considérés"* (40). L'administration avait refusé de communiquer des éléments tels que la surface des fonds, leur situation, et les chiffres d'affaires annuels de certains exploitants concurrents, et se fait sanctionner.

Doit-on dès lors considérer que l'administration, qui doit préciser les circonstances établissant que les éléments de comparaison se rapportent à la cession de biens intrinsèquement similaires, soit désormais dans l'impossibilité de motiver correctement la plupart des redressements mis en œuvre ?

À partir du moment où la Cour de cassation ne décharge pas les services fiscaux de leur obligation du respect du secret fiscal la solution semble irrémédiable. En admettant quelle ne le soit pas l'administration devra respecter les règles du débat contradictoire.

---

(36) Cass. Com. 12 janvier 1993, SCI du Chemin des ânes - RJF 3/93 n° 459 ; Dr. Fisc. 1993 n° 15, comm. 812-
(37) Note de la Direction générale des impôts - précitée.
(38) Cass. Com. 26 novembre 1990, Meyzenc - précité.
(39) Note de la Direction générale des impôts -précitée.
(40) Cass. Com. 28 janvier 1992, Franceschini - RJF 4/92 n° 572 ; Dr. Fisc. 1992 n° 27, comm. 1336.

B - LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR VÉNALE PAR LE JEU DU DÉBAT CONTRADICTOIRE

Les règles régissant la détermination de la valeur vénale réelle du fonds de commerce diffèrent de celles ayant trait à la détermination d'une valeur vénale motivée. Il ne s'agit plus pour le contribuable d'obtenir l'annulation de la procédure de redressement pour défaut de motivation, mais de déterminer la valeur vénale réelle qui peut le cas échéant se distinguer de la valeur retenue dans la notification de redressement. Dans cette hypothèse, il obtiendra un dégrèvement partiel voire total, si la valeur vénale réelle est inférieure au prix déclaré, des impositions mis à sa charge par la notification de redressement, lequel sera accordé soit par l'administration directement soit par le juge s'il est saisi du litige.

Le contribuable peut débattre de la détermination de la valeur vénale réelle grâce à une panoplie de moyens mise en œuvre dans une procédure lourde et complexe, mettant en scène une multitude d'acteurs : le contribuable lui-même, les services fiscaux, la commission départementale de conciliation, l'expert désigné par le tribunal, et le juge.

Il convient avant tout développement de rappeler que l'administration supporte toujours, depuis l'intervention de la loi du 8 juillet 1987 (41), la charge de prouver le bien fondé de son évaluation et que l'appréciation des juges du fait est souveraine sur la portée des éléments de preuve, la Cour de cassation contrôlant seulement la méthode d'évaluation.

Le contribuable auquel on notifie un redressement adresse dans les trente jours ses observations à l'administration en faisant connaître son désaccord ou son acceptation (42). S'il fait part de son acceptation soit de manière expresse soit de manière tacite, s'il ne répond pas dans le délai imparti, il conserve la possibilité de contester devant le juge l'évaluation retenue par l'administration mais la charge de la preuve se trouve alors inversée, puisqu'il devra démontrer son caractère exagéré.

Si le contribuable refuse le redressement il peut soit se contenter d'invoquer la carence du service dans l'administration de la preuve soit combattre l'évaluation retenue, l'administration supportant toujours la charge de la preuve de sa propre évaluation. Dans cette dernière hypothèse il supporte la charge de justifier ses prétentions. Cette dialectique de la preuve va se retrouver aux différents stades de la procédure : observations du contribuable, réponse aux observations, commission départementale de conciliation, réclamation contentieuse, et phase juridictionnelle.

Le contribuable peut se borner à refuser tout simplement le redressement sans avancer de moyens particuliers, laissant au juge le soin de déterminer le bien fondé de l'évaluation administrative et ainsi d'apprécier la valeur vénale réelle. L'acquéreur du fonds de commerce n'a pas en effet à prendre l'initiative de prouver le caractère excessif des évaluations des services fiscaux pour contester le redressement (43).

Il peut refuser l'évaluation en contestant la similitude de certains des termes de comparaison invoqués, notamment si ces termes aboutissent à un rapport prix de cession/chiffre d'affaires important.

Il peut aussi contester la similitude des termes invoqués par rapport à la consistance du fonds litigieux. Un fonds de commerce est en effet une universalité mobilière composée de divers éléments corporels et incorporels qui ne se retrouvent pas dans les même quantité et qualité. Ainsi un fonds peut être cédé avec peu, pas ou beaucoup de matériel. Le juge n'est cependant pas astreint de faire une estimation

(41) Loi du 8 juillet 1987, article 10 - J.O. 9 juillet 1987, p. 7470 ; Dr. Fisc. 1987, n° 31-32, comm. 1489.
(42) Article L.57 du Livre des procédures fiscales.
(43) Cass. Com. 28 janvier 1992, Colaert - RJF 4/92 n° 575 ; Dr. Fisc. 1992 n° 18, comm. 969.

élément par élément (44). Si la valeur des différents éléments contribue à déterminer la valeur d'ensemble du fonds, cette dernière ne saurait en effet résulter de la simple addition des valeurs de chaque élément, s'agissant d'une valeur déterminée par le jeu du marché. Il ne résulte toutefois pas de cette jurisprudence que le juge doit s'abstenir de tenir compte d'une disproportion constatée entre les termes invoqués et le fonds objet du litige.

Le contribuable peut enfin contester l'évaluation retenue en invoquant de nouveaux termes de comparaison. Ces termes devront être pertinents, le juge appréciant leur caractère intrinsèquement similaire avec la mutation litigieuse (45). Une question revient alors : le contribuable peut-il invoquer des termes de comparaison postérieurs au fait générateur de l'impôt ?

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 novembre 1992 permettrait, selon l'administration fiscale (46), de considérer que la référence à des cessions postérieures serait désormais proscrite pour le contribuable. La Cour estime en effet qu'un tribunal a pu légalement écarter un nouvel élément de comparaison, invoqué par le contribuable, *"qui postérieur à la cession, n'était pas pertinent"* (47).

Tirer une telle conclusion de cet arrêt peut toutefois apparaître hasardeux étant données les circonstances de l'affaire. Le contribuable invoquait une mutation postérieure de plus de huit mois à la cession litigieuse aux fins de voir reconnaître par le tribunal le déclin progressif du secteur d'activité en cause. Il était donc logique, vu les fluctuations du marché, d'écarter un terme de comparaison non contemporain.

Il est intéressant de souligner les termes employés par les juges de cassation. Ces derniers évoquent d'une part les cessions *"intervenues à une date antérieure ou contemporaine de celle de la cession litigieuse"* qui peuvent être utilement invoquées à condition d'être intrinsèquement similaires, et d'autre part les éléments postérieurs à la cession qui ne sont pas pertinents. Doit-on dés lors considérer que les cessions contemporaines visées par la Cour de cassation sont forcement des cessions antérieures ou que les cessions postérieures mais contemporaines ne peuvent jamais être invoquées car non pertinentes ?

Cette solution peut paraître logique si on prend en considération l'interdiction qui pèse sur l'administration. Elle ne l'est pas si on prend en compte l'objectif du débat contradictoire qui vise la détermination de la valeur vénale réelle. Les cessions contemporaines mais postérieures peuvent avoir en effet un indéniable caractère comparatif. Il serait donc logique de considérer que tous les termes de comparaison contemporains, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au fait générateur de l'impôt, aient un caractère pertinent. La difficulté résiderait alors dans l'appréciation du caractère contemporain de la cession. Doit-on considérer qu'une mutation postérieure de six mois soit contemporaine et donc pertinente ? La réponse semble dépendre des circonstances de l'espèce et devrait à notre sens être donnée par les juges du fond.

On observe d'ailleurs que les contribuables invoquent fréquemment des termes de comparaison postérieurs devant la commission départementale de conciliation qui en tient compte quelquefois dans son avis. Or les juges du fond, bien qu'ils doivent se prononcer par des motifs propres, ne demeurent pas toujours insensibles à cet avis.

L'exposé de ces différents moyens, loin d'être exhaustif, fournit un aperçu utile des éléments que pourra invoquer le contribuable pour la détermination de la

(44) Cass. Com. 10 janvier 1989, S.A. Lasch - Dr. Fisc. 1989 n° 9, comm. 451 ; RJF 6/89 n° 771.
V. aussi le commentaire administratif de jurisprudence, Dr. Fisc. 1990, 2ème partie, n° 9854.
(45) Cass. Com. 3 juillet 1990, Sté Mosellane automobile - RJF 10/90 n° 1287 ; Dr. Fisc. 1990 n° 43, comm. 2028.
(46) Commentaire administratif de jurisprudence - Dr. Fisc. 1993 n° 14 , 2ème partie, n° 10841.
(47) Cass. Com. 24 novembre 1992, Neuvendel - RJF2/93 n° 292.

valeur vénale réelle. Ces éléments seront dans un premier temps appréciés par l'administration à la suite des observations formulées par le contribuable. Cette appréciation résultera de la réponse aux observations notifiée en cas de persistance du désaccord, cette réponse devant être motivée (48).

Le contribuable pourra alors demander, dans les trente jours de la réponse, la saisine de la commission départementale de conciliation (49) compétente pour donner un avis en cas de redressement lié à l'insuffisance du prix déclaré. Même si elle estime que la commission est incompétente l'administration doit donner suite à la demande du contribuable tendant à la saisine de la commission. En cas de refus la procédure d'imposition est irrégulière (50).

D'après la Cour de cassation l'avis de la commission doit être motivé afin de permettre au contribuable de connaître l'ensemble des raisons qui a emporté la décision des commissaires (51). L'administration a donc dû rapporter sa doctrine antérieure (52). Il ne semble cependant pas que l'irrégularité de l'avis affecte la procédure d'imposition (53).

Si le désaccord persiste après l'intervention de la commission départementale de conciliation, le contribuable peut assigner l'administration devant le tribunal de grande instance du lieu de situation du bien après avoir constaté une réponse négative à sa demande de dégrèvement adressée au directeur des services fiscaux. Le tribunal de grande instance statue en premier et dernier ressort.

L'instruction des affaires se fait par mémoires régulièrement signifiés. Cette procédure purement écrite permet au juge de connaître avec précision les prétentions et moyens développés. Ce dernier statue en effet sur le litige tel qu'il est limité par les parties. On ne saurait dès lors lui reprocher d'avoir omis de rechercher des éléments de comparaison directe autres que ceux qui étaient invoqués et discutés (54).

Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation mais il doit, selon la Cour de cassation, se prononcer sur les moyens invoqués par des motifs propres. Il ne peut donc pas se contenter de se référer à l'avis émis par la commission départementale de conciliation si le contribuable ou l'administration venaient à reprendre les même moyens que ceux développés devant cet organisme (55).

S'agissant d'une demande en dégrèvement, le juge doit, selon l'article L.199-C du Livre des procédures fiscales, statuer sur tous les moyens nouveaux présentés jusqu'à la clôture de l'instruction, c'est à dire la mise en délibéré de l'affaire (56). Un tribunal ne peut donc pas écarter le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure de redressement au motif qu'il n'a pas été présenté dans la réclamation contentieuse, ni dans l'assignation (57).

Le contribuable ou l'administration peuvent solliciter le recours à l'expertise. Cette dernière est de droit et ne saurait être refusée lorsque le litige concerne la détermination de la valeur vénale réelle (58). L'expert désigné doit seulement donner un avis technique sur les termes de comparaison fournis par les parties, notamment

(48) Cons. État 11 juillet 1984 - Dr. Fisc. 1985 n° 15, comm. 793 - À défaut, l'imposition doit être annulée. Cons. État 25 juillet 1986 - Dr. Fisc. 1986 n° 51, comm. 2340.
(49) Article L.59 du Livre des procédures fiscales.
(50) Cass. Com. 9 février 1993, Sté Jacloret les Bruyères - RJF 5/93 n° 749 - Cass. Com. 19 juin 1990, Krespi - RJF 10/90 n° 1292.
(51) Cass. Com. 18 juillet 1989, Bollot - RJF 11/89 n° 1293 ; Dr. Fisc. 1989 n° 45, comm. 2151 ; Bull. IV, n° 232, p. 156.
(52) Note de la Direction générale des impôts du 8 avril 1991 - Dr. Fisc. 1991, 2ème partie, n° 10369.
(53) Cass. Com. 15 décembre 1986, Dusanter - Dr. Fisc. 1987, n° 33-38, comm. 1606.
(54) Cass. Com. 24 novembre 1992, Neuvendel - précité.
(55) Cass. Com. 12 novembre 1992, Rudloff - RJF 1/93 n° 158.
(56) Cass. Com. 9 mai 1990 - RJF 1990, p. 645 ; Dr. Fisc. 1990, comm. 1949.
(57) Cass. Com. 26 janvier 1993 - Quotidien juridique 1993, n° 16, p. 6.
(58) Cass. Com. 19 juin 1990, Fleury - précité n° 21.

en ce qui concerne leur similitude. Il ne peut par contre pas rechercher de nouveaux éléments de comparaison, puisqu'il ne peut en aucun cas suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (59).

L'exposé de toutes ces solutions permet de se rendre compte de la rigueur dont fait preuve la chambre commerciale de la Cour de cassation à l'égard de l'administration fiscale. Ce souci constant de préserver les garanties du contribuable face aux services fiscaux est révélateur de l'esprit "protecteur" de l'ordre judiciaire.

Il paraît dés lors difficile pour l'administration de mener à bien la mission qui lui est dévolue par l'article L.17 du livre des procédures fiscales tant les embûches semées sont nombreuses. La Cour de cassation n'aboutit-elle pas en désirant la "moralisation" des pratiques de l'administration fiscale à un risque de "démoralisation" des pratiques des contribuables plus conscients de leurs droits que de leur devoir face à l'impôt.

Heureusement pour l'administration, on observe une moindre rigueur de la part des juges du fond peut-être plus aptes pour apprécier la difficulté du travail des agents de l'administration fiscale.

La souplesse constatée vis à vis des contribuables pourrait pousser certains d'entre-eux vers des "prouesses fiscales" : l'administration percevant les droits de mutation sur la valeur vénale réelle lorsqu'elle est supérieure au prix déclaré, pourquoi ne pas demander le remboursement d'une partie des droits payés lorsque la valeur vénale réelle est inférieure. L'article 666 du Code général des impôts ne dispose-t'il pas en effet que "les droits proportionnels ou progressifs d'enregistrement ... sont assis sur les valeurs". Cette possibilité semble heureusement complètement utopique, l'article 719 du Code général des impôts prescrivant que le droit d'enregistrement perçu sur les mutations de fonds de commerce est assis sur le prix de vente. Le prix constituant la base de l'impôt, la valeur vénale ne peut s'y substituer que lorsqu'elle lui est supérieure (60).

(59) Cass. Com. 22 janvier 1991, Bartissol - RJF 4/91 n° 532.
(60) Cass. Com. 13 décembre 1988 - Bull. IV, n° 340, p. 228.

LA NATURE FRAUDULEUSE DE L'ACCÈS À UN SYSTÈME DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES (*)

Par

Guillaume CHAMPY
Maître de Conférences à la Faculté des Sciences juridiques, politiques et économiques de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Les intrusions informatiques visent d'un point de vue technique un certain nombre de comportements correspondant à des situations juridiques très diverses.

Tout d'abord, d'un point de vue technique, les intrusions informatiques sont souvent définies comme s'adressant à l'ensemble du phénomène de la fraude informatique. Donn B. Parker, qui est sans doute le plus réputé des spécialistes mondialement connu de la criminalité informatique recense ainsi treize techniques qu'il regroupe en sept possibilités de fraudes informatiques (1). On peut, ainsi, distinguer le sabotage, l'intrusion, l'usurpation d'identité, le tripatouillage de données, le superzapping et la récupération, les tables d'écoutes téléphoniques, les chausses trappes, le cheval de Troie et le salami, les attaques asynchrones, les bombes logiques et la simulation.

Il n'est bien évidemment pas question, dans le cadre de cet exposé, de rentrer dans le détail de ces différentes techniques d'autant que leur contenu est aujourd'hui largement diffusé (2).

(*) Allocution prononcée à l'occasion du séminaire organisé par "International Business Communication", "Le droit de l'informatique à la croisée des chemins", Paris, 28 novembre 1991 (Adagio Vaugirard).

(1) Donn B. Parker, "Combattre la fraude informatique", éditions Gros, 1985, p. 45 à 106.

(2) Il est cependant permis d'apporter brièvement quelques précisions en marge du texte.

Le *sabotage* : Il peut être physique ou logique, viser le système lui-même ou plus globalement les transmissions. Il est ainsi possible de détériorer physiquement le matériel informatique lui-même ou les supports mémoires. Le sabotage logique, quant à lui, pourra consister par exemple à effacer les données à l'aide d'un champ hautement magnétique, ou d'un rayon laser.

L'*intrusion logique* : Elle pourra consister soit à accéder au système à l'aide d'un branchement illicite sur une ligne de transmission, ou d'un terminal laissé négligemment connecté au système, soit à usurper l'identité de quelqu'un d'autre, en utilisant son code d'accès.

Le *tripatouillage de données* : Il s'agit, pour l'auteur de cet acte, de modifier des données, avant ou pendant leur introduction dans un système informatique ou au moment de leur sorite.

Il convient, cependant, de remarquer qu'il existe une multitude de typologies plus ou moins fantaisistes et qui présentent le trait commun avec celle que l'on vient d'évoquer, de n'être pas réellement rigoureuses (3).

En effet, on peut dire non seulement que les divers comportements recensés se recoupent, mais qu'en outre une même fraude définie techniquement comme consistant en une seule et même catégorie générique, évoque en réalité toute une série d'agissements correspondant souvent à autant de qualifications juridiques différentes qui pourront éventuellement venir se cumuler (4).

C'est en effet, en second lieu, l'une des difficultés majeures du phénomène, qui réside dans le décalage que l'on peut relever entre les concepts techniques et les concepts juridiques.

Telle catégorie de fraude, d'un point de vue technique, correspondra à plusieurs qualifications pénales (5).

Le *superzapping* consiste à utiliser illicitement un programme d'accès d'urgence au système informatique. Il faut savoir en effet que la fiabilité d'un système informatique impose qu'il soit prévu des procédures "de secours" permettant de passer outre les contrôles afin de modifier ou dévoiler tout le contenu de l'ordinateur.

Les *tables d'écoute téléphonique* : Cette technique vise le fait d'intercepter un message sur une ligne de transmission (par câble, micro-onde, etc.) ou de décrypter les impulsions électromagnétiques résiduelle, inhérentes au fonctionnement d'un terminal sous tension.

Le *chausse-trappe* : Il s'agit d'utiliser les instructions supplémentaires ou les bugs oubliés plus ou moins consciemment par les programmeurs au cours des différentes phases d'élaboration du système, et qui aboutissent à la création de nouvelles possibilités d'accès ou d'utilisation du système à l'insu du système d'exploitation.

Le *Cheval de Troie* : Cette technique consiste à altérer le traitement par modification ou addition d'instructions dans les programmes ou les circuits, avant leur utilisation. Chaque utilisation de l'ordinateur ou du programme contenant ces instructions supplémentaires constitue une exécution des fonctions ainsi modifiées en même temps que l'activité du système.

L'auteur n'a plus besoin d'intervenir, sauf en sortie du système, pour convertir, à chaque fois, les résultats en gains ou pour bénéficier passivement d'une activité illicite, automatisée (Donn B. Parker, précité, p. 96).

Le *salami* : Il peut s'agir du fait d'introduire des instructions supplémentaires dans un programme (technique du cheval de Troie) traitant un grand nombre de comptes financiers de telle sorte que les comptes soient portés au centime inférieur, et que la somme de tous les arrondis ainsi récupérés soit créditée sur le compte du fraudeur ou d'un complice.

Les *attaques asynchrones* : Elles consistent à utiliser la vulnérabilité résultant du mode de fonctionnement asynchrone du système d'exploitation, pour le modifier, ou agir à son insu. Le système d'exploitation, en effet, véritable chef d'orchestre de toutes les unités d'un système informatique, fonctionne de façon asynchrone, c'est-à-dire qu'il existe un décalage entre le travail effectué par les différentes unités et celui du système d'exploitation qui les coordonne. Un tel mode de fonctionnement permet à un fraudeur, hautement spécialisé, d'accéder à des zones mémoires réservées.

Les *bombes logiques* : Il s'agit d'un programme ou d'une partie d'un programme exécuté à un instant précis ou à intervalle régulier, dans un système informatique et qui détermine les conditions ou l'état du contenu du système en vue de faciliter l'exécution d'un acte illicite (Donn B. Parker, précité, p. 110).

(3) Il existe en effet une multitude de typologies. Les terminologies utilisées sont plus ou moins fantaisistes.

Un auteur français a tenté d'en faire une systématisation (A. Frydlender : "La fraude informatique : Étude phénoménologique et typologies appliquées au contexte français", Thèse Paris Dauphine, 1985, p. 291 et s.). Ce dernier distingue les fraudes commises au niveau machine (sabotage, surveillance électronique, bricolage), au niveau logiciel (cheval de Troie, action asynchrone), au niveau données (sésame, cueillette, gomme, maquillage), au niveau communication (bretelle, écoute passive, sabotage, saute-mouton), au niveau environnement (déguisement, diffusion, poubelle, sabotage, inférence, modélisation). Si l'on a retenu la typologie de Donn B. Parker c'est en raison du fait que l'auteur de la thèse précité, de son propre aveu, s'est inspiré des travaux américains en général, et de Donn B. Parker en particulier (A. Frydlender, précité, p. 21 et s.).

(4) Sur la critique des différentes typologies de fraude informatique, Cf. J. Huet et I. de Lamberterie, "Les conséquences juridiques de l'informatisation", rapport du Conseil de la recherche, au ministère de la justice, L.G.D.J., 1987, p. 41 à 81 et plus spéc. p. 46 et 52. Dans le même sens, cf. G. Champy, "Essai de définition de la fraude informatique", in R.R.J. 1998-3, p. 751 et s. ainsi que du même auteur, "La fraude informatique", Thèse Aix-en-Provence, 1990.

(5) En ce sens, G. Champy, Thèse précité, p. 300 à 305, 465 à 472, 558 à 566 et 634 à 671.

Les hypothèses de concours idéal et de cumul réel de qualification sont nombreuses, depuis la loi du 5 janvier 1988. C'est ainsi que ce que l'on appelle le hold up électronique qui consiste à se faire remettre des fonds après avoir intercepté et falsifié un ordre de virement électronique est susceptible de se voir

Inversement, telle qualification pénale classique pourra viser indistinctement plusieurs types de fraude (notamment l'escroquerie) (6).

Les approches juridiques traditionnelles , devant un tel problème, consistaient à distinguer selon que l'informatique était l'objet ou le moyen de commettre un délit (7).

Une telle démarche présentait le double inconvénient d'être parcellaire et d'analyser, en outre, le phénomène contemporain des intrusions informatiques, à l'aide de concepts élaborés à une époque pré-industrielle dans une France encore dominée par l'économie rurale (8).

Le système du Code pénal de 1810 visait bien davantage à sanctionner le voleur de pommes dans un verger qu'a appréhender un pirate informatique dans un monde devenu sans frontière (9).

Il est ainsi permis d'opposer l'économie de 1810 où la valeur résidait essentiellement dans la détention de biens meubles corporels à l'intérieur d'un territoire fini (10), au monde d'aujourd'hui où la valeur réside essentiellement dans la circulation de richesses immatérielles, à l'intérieur d'un espace infini (11).

---

appliquer, de façon cumulative, les qualifications de l'article 462-2 alinéa 2, 462-4 et 405 du Code pénal (G. Champy, Thèse précitée, p. 564).

(6) C'est ainsi que, quelle que soit la technique utilisée, la remise de fond qui s'ensuivrait pourrait être qualifiée d'escroquerie. En outre, comme on a pu le relever précédemment, d'un point de vue technique, les agissements recensés se recoupent. Le tripatouillage de données, par exemple, peut avoir pour objet d'insérer un cheval de Troie qui opérera suivant la technique du salami afin de réaliser une escroquerie en débitant de façon indue les arrondis des milliers de comptes qui transiteront par le système de gestion automatisé. De façon plus rationnelle et synthétique, on peut dire que les typologies de fraude informatique mélangent les actes matériels, les mobiles ou l'intention, en retenant de façon arbitraire tantôt les uns tantôt les autres, comme critère de classification.

(7) En ce sens, notamment J. Devèze, "La fraude informatique : aspects juridiques", J.C.P. 87, éd. G. I, n° 3289 et R. Gassin, "Le droit pénal de l'informatique", D. 86, chron. p. 35 et *s.*

(8) Le fait d'établir une typologie en distinguant selon que l'informatique est l'objet ou le moyen de commettre un délit permet de constater à partir d'une législation donnée, les différents vides juridiques. Cette démarche si nécessaire soit-elle n'est pas suffisante.

En premier lieu, elle ne permet pas de conceptualiser le phénomène contemporain de la fraude informatique.

En second lieu toute législation est nécessairement évolutive, consacrer la distinction informatique objet du délit et informatique moyen du délit revient à établir un constat fondé sur une énumération des différentes catégories de fraude.

Or, une telle démarche a une portée relativement limitée à l'état de la législation à un moment donné.

Il n'est plus possible de raisonner en ces termes depuis la loi du 5 janvier 1988. En outre, l'intérêt d'une conceptualisation de la fraude informatique réside dans la possibilité d'anticiper sur l'évolution de la technique et de la législation (sur ce point, Cf. G. Champy, Thèse, précitée, p. 47 à 62).

(9) Quoi que l'on puisse dire ou entendre, il faut bien admettre que les principales infractions contre les biens (vol, escroquerie, abus de confiance) ont été pensées, élaborées en vue de protéger les biens meubles corporels (en ce sens F. Goyet, "Droit pénal spécial", 8e édition par Rousselet, Patin et Arpaillange, Sirey, 1972, n° 932, p. 649, R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, par A. Vitu, Édition Cujas, 1982, n° 2213, p. 1800 et 1801. Pour les romains, les choses étaient tout ce que l'on peut toucher et appréhender physiquement et cette signification était encore valable au XIXème siècle.

La même idée peut être retenue à propos de l'escroquerie et de l'abus de confiance puisque ces deux incriminations avec celle du vol, procèdent d'un dépeçage de la notion de Furtum en droit romain qui désignait "l'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui, commise à des fins d'enrichissement, et portant sur la chose elle-même, sur son usage ou sur sa simple possession", A. Vitu, précité, n° 2208 et 2209, p. 1798 et 1799). Cf. également R. Vouin, "Droit pénal spécial", sixième édition par M.L. Rassat, Précis, Dalloz, 1988, n° 11, p. 20 et M. Véron, Droit pénal spécial, édition Masson 1988, p. 18). La seule matérialité de la base suffisait, il n'était nullement besoin qu'elle représente une valeur pécuniaire.

(10) À l'heure actuelle, la valeur de la chose soustraite, du moins la valeur pécuniaire, importe peu. Si l'on emploie le terme de valeur ici, c'est dans un sens plus large d'utilité. Est ici considérée comme une valeur ce qui représente une certaine utilité pour celui qui peut en disposer.

(11) L'interconnexion des réseaux télématiques à l'échelle mondiale aboli le temps et les distances, "Le réseau ayant sa propre unité tout à fait indépendante de la localisation de ses différents éléments... les notions de territoire et de frontière n'ont plus guère de signification" (M. Massé, "La délinquance informatique : aspects de droit pénal international" in "Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication", Acte du VIIIème Congrès de l'Association Française du droit pénal,

Il était donc indispensable d'aborder le problème de façon radicalement différente en intégrant sa dimension technique et économique.

Une deuxième approche devait alors consister à substituer aux concepts juridiques classiques, certains termes techniques (12).

Une telle démarche revenait cependant à figer l'état de la technique à un moment donné et risquait donc selon la formule consacrée, de placer le droit à la poursuite du progrès technique, c'est-à-dire dans un état de constante inadaptation. Cette démarche qui paraissait donc de prime abord très pragmatique devait être également condamnée en raison de son inefficacité.

On peut dire, à cet égard, en quelque sorte, que les concepts techniques et les concepts juridiques n'étaient jusque-là pas compatibles.

Il convenait donc de tenter d'établir des connexions entre les deux systèmes conceptuels, afin, en paraphrasant une formule consacrée par les pénalistes, "d'améliorer l'informatique par le droit, et le droit par l'informatique" (13).

Telle semble bien avoir été la démarche du législateur du 5 janvier 1988.

Telle semble bien être celle du futur "Nouveau code pénal" (14).

Grenoble, les 28, 29 et 30 novembre 1985, A.D.I. et Économica, 1985, p. 281 et s. et plus spéc. p. 286, n° 9).

Cf. également "La Planète télécom", Hors série, n° 165 de la Revue Science et Vie, décembre 1988, édito, p. 1.

Le développement des systèmes de traitement et de transmission de l'information confèrent à cette dernière trois caractéristiques principales, le polymorphisme (c'est-à-dire la possibilité de transmettre simultanément l'information sous des formes différentes), l'ubiquité (le fait pour une même information de pouvoir être présente partout dans le monde, de façon quasi-simultanée) et l'instantanéité (la possibilité pour l'information d'être transmise en temps réel, la fraction de temps qui sépare l'envoi et la réception de l'information transmise, est insignifiante.

(12) Telle est la démarche, désormais habituelle, de cette nouvelle branche du droit pénal qui est le droit pénal technique (Cf. sur ce point, C. D. Baillecourt, "Droit pénal et droit pénal technique", Thèse, Paris II, 1983).

La question a été fortement débattue à l'occasion du vote de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 (Sur ce point, Cf. R. Gassin, "La protection pénale d'une nouvelle universalité de fait en droit français : les systèmes de traitement automatisé de données", Commentaire de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, Actualité législative, Dalloz, 1989, commentaire législatif, p. 5 à 65 et plus spéc. n° 18).

Cette démarche est d'ailleurs traditionnellement d'origine anglo-saxonne, ses limites ont été soulignées par certains auteurs. "C'est une des difficultés que les technologies d'aujourd'hui créent quotidiennement ; il en apparaît sans cesse de nouvelles. Le problème est d'y réfléchir avec calme et recul, ce qui est difficile quand on se trouve sur le terrain... nous courrons le risque qui paraît préoccuper nos amis anglais et américains, d'avoir des réglementations ultra-techniques, qui n'auront entre elles que peu de points communs, qui ne dégageront pas de principes généraux. L'approche pragmatique est utile, mais il n'est pas inutile de la fonder sur une réflexion, c'est-à-dire de combiner la démarche anglaise et la démarche anglo-saxonne pour être à la fois concret et si possible général" (P. Catala, "La protection juridique des productions immatérielles", in L'appropriation de l'information, Litec, 1986, p. 84 et s. et plus spéc. p. 89, 3ème paragraphe.

(13) La formule d'origine "améliorer la terre par l'homme et l'homme par la terre" était de mise en France à la suite du coup d'État de 1852 afin d'illustrer la politique pénitentiaire du second empire. Cette dernière consistait à transporter les forçats dans des territoires coloniaux afin de mettre en valeur ceux-ci, tout en souhaitant transformer la personnalité des condamnés (Cf. B. Bouloc, "Pénologie", Précis, Dalloz, 1991, n° 26, p. 15 et 16). Nous avons, quant à nous, plagié cette formule afin de bien souligner la nécessité d'une interpénétration des concepts techniques et des concepts juridiques.

(14) Les articles 307-1 à 307-4 du projet de nouveau code pénal (édition Dalloz, 1988) introduisaient un chapitre VII dans le livre III des crimes et délits contre les biens, intitulé "Les infractions en matière informatique".

L'article 307-1 incriminait le fait de capter frauduleusement un programme, une donnée, ou tout autre élément d'un système de traitement automatique d'information...".

L'article 307-2 visait le fait, au mépris des droits d'autrui, d'utiliser, de communiquer ou de reproduire un programme, une donnée ou tout autre élément d'un système de traitement automatique d'information...

L'article 307-3 réprimait "le fait intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, de détruire ou d'altérer tout ou partie d'un système de traitement automatique d'information ou d'en entraver ou fausser le fonctionnement...

L'article 307-4, quant à lui, incriminait "Le fait en utilisant frauduleusement un système de traitement automatique d'informations, d'obtenir ou de faire obtenir à autrui, un profit illicite...". Il semblerait cependant, selon les derniers travaux parlementaires, que la Chancellerie ait insisté pour que le texte

Nous nous devions, quant à nous, d'adopter le même type d'approche.

L'analyse technico-économique du droit positif permet ainsi de dégager les notions d'accès et d'usage d'un système de traitement automatisé de données.

Cette approche conceptuelle autorisée par les textes actuels qui ont évité l'écueil de procéder à une définition trop technique des termes utilisés, permet d'appréhender l'ensemble du phénomène et d'anticiper sur l'évolution future de la législation.

Il faut préciser ici que l'accès précède l'usage et que, donc, la nature éventuellement frauduleuse de l'accès retentira nécessairement sur celle des actes d'usages subséquents.

Il existe donc un intérêt tout particulier, à déterminer dans quelle mesure l'accès peut être frauduleux.

On comprendra l'importance de cette question en précisant dans, un premier temps, le contenu de la notion d'accès et en déterminant par la suite les éléments qui permettent de qualifier la fraude.

I - LE CONTENU DE LA NOTION D'ACCÈS À UN SYSTÈME DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES

L'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal incriminant "quiconque frauduleusement aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données..." laisse quelque peu perplexe dans sa formulation (15).

---

de la loi du 5 janvier 1988 soit repris dans sa quasi intégralité. On peut s'en rendre compte à la lecture des 4 lois du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal (respectivement n° 92-683, 92-684, 92-685 et 92-686).

Le chapitre III du livre troisième du nouveau code pénal est désormais intitulé "Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données".

* Certaines innovations sont notables. C'est ainsi que les incriminations de falsification et d'usage de documents informatisés falsifiés ont été supprimées comme nous en avions exprimé le souhait il y a quelques années (Cf. en ce sens notre article "De la fraude monétique, à la fraude informatique", in R.R.J. 1991-1, p. 147 et s.). Il est institué, par ailleurs, une responsabilité pénale des personnes morales du fait d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données qui pourraient leur être imputable (art. 323-6 du nouveau code pénal). Force est de reconnaître que l'absence d'une responsabilité pénale des personnes morales en la matière avait déjà fait l'objet de critiques (Cf. G. Champy, "La fraude informatique", PUAM, 1992, T. II, p. 810). Quelques maladresses rédactionnelles ont été également réparées et les pénalités ont été modifiées (comp. la rédaction de l'actuel article 462-4 C.P., celle de l'article 323-3 du N.C.P. et la rédaction que nous avions proposé, Cf. G. Champy, Thèse, précitée, T. II, p. 819, art. 462-6).

*** L'essentiel du dispositif antérieur de la loi du 5 janvier 1988 demeure cependant (art. 323-1 à 323-7 du N.C.P.), comme nous l'avions recommandé d'ailleurs (Cf. Thèse précitée, conclusion générale p. 799 à 820) et comme semble en avoir été également convaincu, M. le commissaire principal, Éric Meillan, a qui nous avions accordé une longue interview, après lui avoir communiqué nos travaux... (Cf. E. Meillan, "Loi du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, état d'application et réflexions suscitées", Rapport à l'observatoire juridique des technologies de l'information, Paris, décembre 1990).**

(15) L'article 323-1 du nouveau code pénal (dont l'entrée en vigueur sera vraisemblablement reportée au 1er mars 1993, Cf. J.C.P., éd. G, n° 25 du 23 juin 1993, actualités, p. 4 relatant un compte rendu au Conseil des ministres du 16 juin 1993) incrimine "le fait d'accéder ou de le maintenir frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données...". Un tel acte "... est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F. d'amende".

Toutefois, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 323-1 du N.C.P., "Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F. d'amende.

L'article 323-2 du N.C.P. dispose, quant à lui, que "Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un STAD est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 300.000 F. d'amende".

L'article 323-3 du N.C.P. dispose enfin que "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un STAD ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F. d'amende".

L'article 323-4 du N.C.P., quant à lui, "reprend" l'incrimination d'association de malfaiteur informatique actuellement incriminée par l'article 462-8 du N.C.P..

Les notions d'accès, de maintien ou de système de traitement automatisé de données constituent trois notions nouvelles dans le vocabulaire pénal, et non définies.

À cet égard, il y a lieu d'observer que les rares commentateurs de la loi du 5 janvier 1988 ne se sont pas aventurés à pousser trop loin l'analyse de cette disposition législative qui constitue pourtant, comme on va le voir, la clé de voûte de tout le système répressif, de ce qu'il est permis d'appeler le droit pénal de l'information (16).

Il convient donc de définir préalablement la notion d'accès avant d'envisager son objet, le système de traitement automatisé de données.

A - LA DÉFINITION DE L'ACCÈS

L'analyse des débats parlementaires ainsi que de l'ensemble du droit positif conduit d'une part à opposer l'accès à des notions voisines et permet de comprendre d'autre part les concepts qu'il peut contenir.

a) S'agissant tout d'abord des notions que l'on peut opposer à l'accès, il est permis de retenir, tout d'abord, la soustraction visée par l'article 379 du Code pénal définissant le vol et d'une façon générale, tous les actes d'usage, et, par la suite, le maintien défini par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal.

1) L'accès et la soustraction

La soustraction frauduleuse de la chose d'autrui visée par l'article 379 du Code pénal désigne soit le fait d'usurper la possession d'une chose qui peut alors être immatérielle, avec la volonté de se comporter en propriétaire, soit le fait d'appréhender matériellement une chose corporelle avec la conscience d'avoir outrepassé ses droits (17).

L'accès visé par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal se distingue naturellement de la soustraction matérielle dans la mesure où il ne suppose pas de déplacement matériel quelconque.

L'accès se distingue également de la soustraction juridique, dans la mesure où celle-ci présuppose une volonté de se conduire en propriétaire et où elle conduit à l'incrimination des actes d'usage.

Il faut préciser, cependant, que d'une part l'idée même de vouloir se conduire en propriétaire implique que la chose puisse être l'objet d'un droit de propriété corporelle, ce qui ne sera pas souvent le cas des réseaux informatiques et que, d'autre

---

L'article 323-5 du N.C.P. institue cependant un certain nombre de peines complémentaires encourues par les personnes physiques coupables des délits d'"attentes aux STAD".

L'article 323-6 du N.C.P., comme nous l'avons déjà précisé, institue une responsabilité pénale des personnes morales, pour les faits constitutifs d'atteinte aux STAD qui leur seraient imputables, et précise les peines encourues en de telles hypothèses.

L'article 323-7 du N.C.P. enfin incrimine expressément la tentative des délits prévus par les articles 323-1 à 323-3 du N.C.P.

En dehors des innovations ci-dessus énoncées (note 14), il est donc permis de dire que l'essentiel du dispositif ancien demeure.

(16) Cf. sur ce point, "La fraude informatique", Thèse précitée, p. 79 et les commentaires cités à la note 13.

(17) Sur cette analyse désormais classique, Cf. notamment R. Gassin, "La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine", in Mélanges Lebret, p. 84 et s. Adde P. Corlay, "La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession", L.G.D.J., 1978, ainsi que du même auteur "Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol", J.C.P., 84 éd. G.I., n° 3160.

part l'accès défini comme une action instantanée, en temps réel pourrions-nous dire, exclu les actes d'usage. Ces derniers impliquent, en effet, une certaine continuité, donc une certaine durée (18).

2) L'accès doit, en outre, être distingué du maintien, également visé par l'article 462 2 alinéa 1 du Code pénal.

Les auteurs de la loi du 5 janvier 1988, en incriminant spécialement le maintien frauduleux dans un système ont, en effet, involontairement distingué au sein de la notion technique d'accès à un système une action instantanée et une action continue.

En effet, contrairement à ce que pensaient les parlementaires, le fait d'accéder régulièrement à une partie du système puis frauduleusement à une autre pouvait fort bien être qualifié d'accès frauduleux si l'on admettait que cette incrimination visait une action continue.

Pouvait également tomber sous la qualification d'accès frauduleux ainsi définie, le fait pour un fraudeur d'avoir accédé par hasard à un système fermé et de s'y maintenir par la suite volontairement tout en sachant qu'il n'y était point autorisé. En effet, dès l'instant où l'on admet que l'accès frauduleux est un délit continu, peu importe le moment où l'on acquiert la connaissance de l'interdiction.

On se trouvait, dans une certaine mesure, dans la même situation qu'en matière de recel, où la jurisprudence admettait autrefois que l'on puisse acquérir la connaissance de l'origine frauduleuse de la chose recelée, postérieurement au début de la détention.

En d'autres termes, alors même que le texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale s'attachait à une définition large de l'accès, l'introduction, par le Sénat, de la notion de maintien a conduit à dissocier au sein d'une même action le fait de s'introduire dans le système et celui consistant à y demeurer un certain temps (19).

Ayant ainsi procédé par élimination, il convient donc de déterminer le contenu de la notion d'accès.

b) L'accès semblerait pouvoir être défini comme le fait de se connecter matériellement au système et d'être en mesure d'utiliser tout ou partie des ressources de ce dernier.

L'analyse des débats parlementaires de même que celle de l'ensemble du droit positif, que l'on ne saurait reproduire dans le cadre du présent exposé nous amène à conclure en ce sens.

D'un point de vue technique, il n'y a donc pas lieu de distinguer entre l'écoute ou l'intrusion (20).

1) L'intrusion semblerait, en effet, être l'acte le plus à même d'être visé par les notions d'accès. Il pourra s'agir du simple fait de se connecter au système à l'aide des procédures préalablement admises.

(18) Sur cette analyse, Cf. "La fraude informatique", Thèse précitée, p. 161 et s. Constituent à notre sens des actes d'usage, tous les actes positifs d'utilisation, caractérisés par le fait qu'ils s'étalent sur une certaine période. Peuvent ainsi être visés, non seulement l'entrave ou le fait de fausser le fonctionnement d'un STAD (art. 323-2 N.C.P.) mais également l'introduction frauduleuse de données dans un STAD, la suppression ou modification frauduleuse de celles qui y sont contenues (art. 323-3 N.C.P.).
(19) Idem, p. 159 et 221 et s. Il est à noter que la distinction de l'accès et du maintien dans un STAD a été, si l'on peut dire, maintenue par le nouveau code pénal (art. 323-1 N.C.P.).
(20) Idem, p. 163 et 164.

Ce que l'on dénomme cependant intrusion revêt déjà une certaine coloration frauduleuse. Un tel acte consistera alors dans le fait de casser les codes d'accès, de contourner les procédures d'accès d'une manière ou d'une autre ou encore dans celui d'utiliser illégitimement un code d'accès.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces différents types d'accès.

On notera surtout le fait qu'il n'y aura véritablement accès que dans la mesure où la personne sera susceptible de mettre en œuvre tout ou partie des ressources du système.

Il s'agit, en quelque sorte, d'un décodage ce qui permet de comprendre que la notion d'accès vise également l'écoute.

2) On peut dire, en effet, que l'écoute est également incluse dans la notion d'accès dans la mesure où telle semble bien avoir été la volonté du législateur et ou certains textes du Code pénal (article 429-1) emploient indifféremment les notions d'accès et de captation.

En outre, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. À cet égard donc, déclarer que l'accès se réduit à une intrusion reviendrait à consacrer une interprétation étroite de la notion d'accès alors même qu'aucun texte ne commande une telle limite.

La captation que l'on peut définir comme un accès passif semblerait donc bien devoir être incluse dans l'acte visé par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal. Cependant ici encore la captation suppose non seulement que l'on ait écouté, mais également que l'on ait compris la signification de ce que l'on a intercepté.

La captation implique donc une phase d'interception et une phase de compréhension, afin de pouvoir utiliser, par la suite, les informations ainsi recueillies (21).

Ayant ainsi analysé le contenu de la notion d'accès, il convient maintenant de s'attacher à définir son objet.

B - L'OBJET DE L'ACCÈS

a) L'accès frauduleux visé par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal, a pour objet le système de traitement automatisé de données.

Ce concept qui a été préféré à celui de système de traitement d'information utilisé dans le projet de loi Godfrain, n'a pas été défini par la loi du 5 janvier 1988. La notion de système de traitement automatique d'information que le projet de Code pénal de 1988 proposait d'instituer, n'était pas non plus définie (22).

Les querelles de vocabulaire paraissent cependant en l'espèce d'autant plus dépourvue de portée pratique que les nouvelles technologies de l'information sont en perpétuelle évolution et que l'on ne peut recueillir l'unanimité sur la définition des notions de données et d'information.

On s'en tiendra, quant à nous, à l'idée selon laquelle le traitement de l'information est une activité aussi ancienne que celle de l'histoire de l'humanité et que le traitement automatisé de l'information consiste à dissocier cette dernière en ensemble fini d'événement possible afin de procéder à des manipulations de syntaxe. On peut donc dire qu'une donnée informatique est une catégorie d'information. Partant de là, et de l'analyse du droit positif, on peut dire qu'un système de traitement automatisé

(21) Idem, p. 173 et la note n° 252.
(22) Cependant comme l'on sait, le futur "Nouveau code pénal" a retenu, en définitive, l'acception de STAD (Cf. ci-dessus note 14).

de données peut être défini par ses moyens utilisés (matériel logiciel liaison, etc.) ainsi que par son objet qui est de traiter et de transmettre l'information (23).

D'un point de vue pratique, cela peut aller du simple microprocesseur contenu dans une carte bancaire, au réseau télématique qui fait le tour de la terre.

Le développement foudroyant des technologies de l'information pose cependant le problème des limites de la notion de système de traitement automatisé de données.

Il est permis d'observer notamment que la généralisation du réseau numérique à intégration de service, à l'heure actuelle puis de la télévision haute définition et de la radio numérique dans un proche avenir, devrait permettre d'appliquer la notion de STAD à l'ensemble des systèmes de traitement et de transmission des textes des images et des sons à l'échelle planétaire (24).

Les captations frauduleuses de programmes télédiffusés, tels ceux de la chaîne Canal plus où les écoutes téléphoniques devraient notamment pouvoir être visées par la qualification de l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal.

Partant donc de cette définition de la notion de STAD et de ses perspectives d'application, il convient d'examiner les conséquences que cela implique au niveau de la qualification de l'accès.

b) Si l'on revient plus particulièrement à l'article 462-2 alinéa 2 du Code pénal après avoir défini la notion de STAD, il y a lieu de faire plusieurs observations.

1) Tout d'abord, le STAD défini ci-dessus, doit être analysé comme un élément constitutif et non pas comme une condition préalable de l'infraction. Certains auteurs classiques ont en effet retenu cette dernière distinction en estimant qu'elle visait le STAD (25).

Je n'entrerai pas dans la controverse doctrinale mais je signalerai simplement qu'il existe un intérêt tout particulier à considérer que le STAD fait partie des éléments constitutifs et non des conditions préalables de l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal.

Le STAD, analysé comme un élément constitutif de l'infraction, sera en effet soumis au régime des preuves pénales, qui est beaucoup plus souple que celui des preuves civiles. En outre, il permettra aux termes de l'article 689 du Code de procédure pénale de localiser l'infraction sur le territoire français et donc de rendre la loi française systématiquement compétente dès lors qu'une partie du STAD y est située.

La distinction, élément constitutif et conditions préalables de l'infraction, est d'ailleurs aujourd'hui fortement remise en question par la doctrine et la jurisprudence (26).

---

(23) Idem, p. 120 à 150.

(24) Sur ce point, cf. du même auteur "Les intrusions informatiques en droit français", Conférence prononcée au C.E.N. de Cadarache, (Journées Aristote), le 8 novembre 1991, in Revue juridique des pays de Vaucluse, 1992, p. 91 et s.

(25) H. Croze, "L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique", J.C.P. 1988.I, n° 3333.

(26) "La fraude informatique", précitée, p. 80 et s. et 119 et s. et la note n° 114. La distinction condition préalable, élément constitutif de l'infraction est du reste très contestée en doctrine et en jurisprudence (Cf. Crim. 12 février 1979, Grinberg D. 79, I.R., p. 177, obs. Roujou de Boubee, R.S.C. 1980, p. 417, obs. Larquier et "Les grands arrêts du droit criminel", par J. Pradel et A. Varivard, 3ème édition, Sirey 1992, p. 169 à 176, plus spéc. p. 173 et 174 et la jurisprudence citée.
Cf. également dans le même sens, A. Vitu, Droit pénal spécial, édition Cujas, 1982, n° 15, p. 21 et 22 ainsi que Merle et Vitu, Droit pénal général, éd. Cujas, 1988, Traité de droit criminel, T. 1, note 11, p. 382 et 383.

2) Au niveau des conséquences de la définition du STAD, on doit préciser, en second lieu, que l'idée de système peut soulever certains problèmes du point de vue de la détermination de l'accès.

En effet, la théorie des systèmes et l'analyse systémique définissent la notion de système comme désignant un ensemble d'éléments en interaction. On distingue ainsi les systèmes simples constitués d'éléments isolés, des systèmes complexes dont chacun des éléments constitue un système à part entière.

On peut dire ainsi que plusieurs systèmes en interaction constituent donc à l'instant de la connexion un autre système plus vaste. On peut ainsi, à partir d'un système simple, accéder à un système complexe.

Le paradoxe réside cependant dans le fait qu'à l'instant de la connexion, et donc de l'accès, se crée un autre système.

Si l'on veut donc définir la nature frauduleuse de l'accès, il conviendra donc d'individualiser le système qui en sera victime ce qui peut poser certains problèmes.

II - LA NATURE FRAUDULEUSE DE L'ACCÈS

Certains commentateurs établissant un rapprochement abusif avec la terminologie de l'article 379 du Code pénal définissant le vol, en ont déduit que l'adverbe frauduleusement utilisé par l'article 462-2 du même code impliquait la volonté de se comporter en propriétaire (27).

Cette analyse apparaît erronée en raison, d'une part du fait qu'un tel élément constitutif de l'article 379 du Code pénal apparaît très discutable et que, d'autre part on observe, à l'heure actuelle, un glissement de l'intention de l'auteur de l'acte vers celle de la volonté de la victime. En tout état de cause, la volonté de la victime en l'espèce, se présente comme étant celle du "maître du système" acception définie par le Sénat mais non retenue dans le texte définitif, mais à laquelle il est permis cependant d'avoir recours.

La nature frauduleuse de l'accès s'analyse ainsi comme une absence d'autorisation du maître du système.

Il convient donc de définir celle-ci afin d'observer les conséquences au niveau des différentes catégories d'accès.

A - Déclarer que la nature frauduleuse de l'accès réside dans l'absence d'autorisation du maître du système suppose que l'on définisse ces deux notions.

a) Au cours des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 5 janvier 1988 le sénateur Thyraud s'inspirant de la notion de maître du fichier introduite dans notre droit positif par l'article 2 d) de la "convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel", du 28 janvier 1981, voulu instituer la notion de maître du système que nous ne pouvons développer dans le cadre du présent exposé.

On retiendra ici que cette notion ne fut pas adoptée pour des raisons de politique législative et en vertu du fait que la définition des pouvoirs du maître sur le système auquel elle procédait, apparaissait comme trop limitative. Il est permis de dire cependant que le maître du système, qui se présente ici comme une notion incontournable, peut être défini non plus seulement comme le propriétaire, mais

(27) Cf. notamment M.P. Lucas de Leyssac, "Fraude informatique : protection des STAD, répression de la falsification de documents informatisés et mesures de prévention", in R.T.D.I.T., 1988/2, p. 20, 2ème colonne.

comme la personne physique ou morale, qui dispose de l'accès et de l'usage légitime du STAD (28).

b) Partant de là, il convient cependant de relever que la violation de l'autorisation du maître du système, caractéristique notamment de l'accès frauduleux, doit revêtir une certaine matérialité (29).

Les systèmes ouverts au public ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'un accès frauduleux tel que défini ci-dessus, en raison du fait que l'autorisation du maître du système semble avoir été donnée une fois pour toute.

Seuls les systèmes protégés par un dispositif de sécurité matérialisant, en quelque sorte, la volonté du maître du système semblent donc pouvoir faire l'objet d'un accès frauduleux. Cette conclusion qui ressort des débats parlementaires ainsi que de l'analyse exégétique de l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal paraît, en outre, devoir s'imposer pour des raisons d'opportunité, que nous n'avons guère le temps d'exposer ici (30).

Tout le problème est de savoir en quoi consiste ce dispositif de sécurité. Il convient donc d'aborder les conséquences de ces observations, au niveau des différentes catégories d'accès.

B - Un parallèle peut être établi entre les différents types d'accès frauduleux et la jurisprudence déjà ancienne sur l'usage de fausses clés et l'effraction.

Lorsque l'accès consiste dans une intrusion, la fraude pourra consister dans le fait de contourner ou de forcer un logiciel de sécurité d'accès, ce qui correspond à la notion d'effraction définie par l'article 393 du Code pénal. Il pourra s'agir, d'un point de vue technique, de ce que l'on appelle le superzapping, les attaques asynchrones ou le cheval de Troie. Cela pourra viser également l'usurpation d'identité qui s'apparente à l'usage de fausses clés défini par l'article 398 du Code pénal.

Le fait d'intercepter un message puis de le déchiffrer à l'aide d'un code dont la détention est illégitime et d'être ainsi en mesure d'en retirer un profit illicite peut constituer une captation frauduleuse et donc être qualifié comme telle par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal (31).

Cependant, l'usage de fausses clés, tel que défini ci-dessus, trouve également application lorsque l'accès réside dans une écoute.

Après cet exposé un peu aride, on concluera sous forme de boutade en donnant quelques conseils aux fraudeurs potentiels.

On pourrait leur conseiller, en premier lieu, de commettre leurs agissements dans un pays où il n'existe pas de législation réprimant la fraude informatique, ni de convention d'extradition avec la France.

On leur suggèrera, en second lieu, d'investir le produit de leur forfait dans une société de conseil en sécurité informatique, les banques actuellement sont-elles bien sûres.

Si malgré ces quelques conseils, cela tournait mal, essayez de vous faire affecter aux services comptables de la prison, ils ont des ordinateurs (32).

---

(28) Cf. "La fraude informatique", précitée, p. 199 à 210 et p. 806, 807, 812 et 813.
(29) Idem, p. 214 à 221. L'existence d'un système de sécurité d'accès s'analyse ici comme la **matérialisation** de la volonté du maître du système de limiter l'accès. La violation de cette sécurité d'accès constitue donc une atteinte portée à cette volonté matérialisée.
(30) Idem, p. 80 à 118.
(31) Idem, p. 214 et 215.
(32) Citation empruntée par l'auteur à G. Charles et H. Dayan, "Le crime informatique en 6 leçons", in Informatique et nouveaux médias.

LA RESPONSABILITÉ EN CAS DE PAIEMENT DE CHÈQUES FAUX OU FALSIFIÉS

(Étude comparative de jurisprudence ivoirienne et française)

Par

Isabelle FREIJ-DALLOZ
Maître de Conférences à l'Université d'Avignon
Ancien chargé de cours à la Faculté de droit d'Abidjan

SOMMAIRE

N°

Introduction 1-4

I - RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LA FAUTE 5-6

A - Fondement de la responsabilité du banquier tiré 7
a) Conception limitée des rapports contractuels des parties 8-9
b) Exigence d'une faute prouvée 10-13

B - Domaine de la responsabilité du banquier tiré 14
a) Les fautes génératrices de la responsabilité du banquier 15
b) Les fautes génératrices de la responsabilité du tireur 16-21

II - RESPONSABILITÉ SANS FAUTE 22

A - Fondement de la présomption de responsabilité 23
a) Les textes 24-27
b) Le lien contractuel 28- 36

B - Répartition des risques 37
a) Le chèque faux dès l'origine 38-41
b) Le chèque falsifié après l'émission 42-45

1 - La généralisation du paiement par chèque ou par monnaie scripturale, tant favorisé par le législateur, pose de sérieux problèmes dans la pratique en Côte d'Ivoire. Outre les problèmes classiques de l'absence ou de l'insuffisance de provision, les juges ivoiriens ont à connaître, fréquemment, du problème que pose la falsification des chèques. À en juger par l'importance des décisions publiées, le faux documentaire, rarissime en matière civile ou commerciale (1), prospère en matière de chèques (2). On remarquera, d'ailleurs, que le problème posé aux juges ne varie pas : qui doit supporter les conséquences du paiement d'un faux chèque ? Certes, la réponse à cette interrogation dépend des circonstances de chaque espèce mais, le raisonnement des juges, lui, demeure invariable. Il consiste à situer les rapports des parties sur le terrain contractuel qui est le leur et à rechercher, à la charge de chacune d'elle, la faute susceptible de lui faire assumer les conséquences du mauvais paiement, sans distinguer entre chèques faux dès l'origine (par imitation de la signature du tireur) et chèques falsifiés après l'émission par le tireur (par modification du montant ou du nom du bénéficiaire).

2 - Cependant, cette méthode, infaillible en cas de preuve de la commission de fautes contractuelles, s'avère inefficace dans le cas où aucune faute n'a été commise ou n'a pu être prouvée. À vrai dire, les juges se laissent toujours convaincre par les démonstrations des parties et relèvent volontiers, au moins une faute à la charge de l'une d'elles, pour la désigner comme responsable. Le problème posé en droit français dès la fin du siècle dernier : qui, du tireur ou du tiré, doit assumer les conséquences du paiement d'un faux chèque si aucune faute n'a été démontrée à la charge de l'un d'eux, ne semble guère inquiéter la jurisprudence ivoirienne. Pourtant, la réponse à cette interrogation permettrait d'évaluer le bien fondé de la position de la jurisprudence et d'en mesurer la portée.

3 - En effet, au lendemain de la promulgation, à l'instigation d'éminents auteurs Saleilles et Josserand, d'une série de lois consacrant la théorie du risque professionnel de l'entreprise comme source de sa responsabilité des accidents du travail (3), E. Picard, alors secrétaire général de la Banque de France, se prononçait, à la conférence de La Haye, pour le risque professionnel comme source de la responsabilité du tiré du paiement des faux chèques (4). Mais, depuis l'échec de la conférence de La Haye de 1912 (5), toute la littérature juridique française, antérieure à la conférence de Genève sur les effets de commerce, reflétait cette querelle entre la faute (6) et le risque professionnel (7) comme fondement de la responsabilité. La

(1) Nous avons relevé trois décisions seulement : l'une est relative à la falsification d'un bon d'essence (CAA 22 avril 1969, RID. 1970 (4), p. 56), la seconde à celle d'un acte de naissance (CAA 21 déc. 1970, RID 1971 (3), p. 77) et la troisième a celle d'une facture commerciale (CAA- 74 fév. 1975, n° 197, RID 1977 (3-4), p. 83).
(2) V. Tr. 1ère Inst. Abidjan (ch. civ.), 13 déc. 1973 et CAA 28 juin 1974, RID, 1975 (3-4), p. 45, obs. P. Veaux-Fournerie ; CAA, 17 janv. 1975 et 28 fév. 1976, c. sup. 7 mai 1976, RID. 1977 (1-2), p. 76 à 89, obs. P. Veaux-Fournerie ; Tr. 1ère Inst. Abidjan 11 fév. 1982 et 04 déc. 1985, Les gens de Robe, janv. fév. 1986, note G. C. Sibailly.
(3) C'était, notamment, le cas des lois du 9 avril 1898, 30 juin 1899, 12 avril 1906 et 15 juillet 1914.
(4) Cité par Th. Lenoir, De la responsabilité du tiré en matière de chèque, Th. Paris 1921, p. 24.
(5) L'art. 28 du protocole de clôture de la conférence s'est borné à renvoyer à la lettre de change, v. le texte in Bouteron, Le chèque, théorie et pratique, 1924, p. 901. add. Achille-Fould, Le paiement des chèques perdus, volés, faux, falsifiés en droit comparé, Th. Paris 1924, p. 77.
(6) V. Esmein, note au S.1923.2.57 sous Paris 1er fév. 1923. Cet auteur s'est fait le défenseur inconditionnel de la faute contractuelle en refusant la moindre place à la théorie des risques et du risque. En cas d'absence de faute, il propose, de lege lata, un partage équitable de responsabilité entre le tiré et le tireur et, de lege ferenda, de "corser" le contenu de l'obligation de vigilance afin de tenir compte de la faute la plus légère. Add. M. Hugounenq, La responsabilité civile du tiré en matière de paiement des chèques, Th. Aix-en-Provence 1933, notamment p. 19.
(7) V. Lenoir, op. cit., p. 24 et ss. ; Feschette, De l'extension de la théorie du risque au paiement des chèques, Th., Paris 1923, notamment p. 47 et ss. ; Achille-Fould, thèse op. cit., p. 80 et ss. Cet auteur a,

doctrine, dans son ensemble, était acquise à la théorie du risque en vertu de l'adage "ubi emolumentum, ibi onus" alors que la jurisprudence raisonnait toujours en fonction de la faute (8). À vrai dire, c'était une sorte de dialogue de sourds qui s'était instauré entre les deux. Pourtant il y avait là matière à débat. La jurisprudence tranchait les litiges en fonction des fautes commises par les parties dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. La doctrine, au contraire, plaçait, d'emblée, le débat sur le terrain délictuel afin d'évacuer des questions fondamentales non encore résolues telles que les rapports entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, entre la faute contractuelle et la faute délictuelle et, surtout, la qualification du contrat qui lie les parties (9).

4 - Quoiqu'il en soit, ni la loi uniforme de Genève (10), ni le Décret-loi de 1935 n'ont tranché la question épineuse de la responsabilité du tiré du paiement des faux chèques. La matière reste, comme par le passé, entièrement soumise au pouvoir de la jurisprudence (11).

Or, d'après une jurisprudence définitivement acquise, il n'y a ni cumul ni option entre les deux sortes de responsabilité civile (contractuelle et délictuelle) : à chacune son fondement et son domaine propre (12).

En effet, dans les rapports du banquier avec le tiers de bonne foi, victime du faux chèque, la responsabilité du banquier s'engage, d'emblée, sur le terrain délictuel sur la base de la faute ou du risque professionnel que les usages mettent à sa charge (13).

---

d'ailleurs, préparé un projet de loi qui met le risque à la charge du tiré, voir le texte et l'exposé des motifs in Annexe à la 2ème séance du Parlement du 14 mars 1923 n° 5786. Ce projet a été souvent critiqué et fut rejeté. v. Hugounenq, th. op. cit., p. 135. Add. Cheron, note au D.1928.2.81.

(8) Tous les auteurs en conviennent, tout en dénonçant la contradiction et la confusion de la jurisprudence. v. Vasseur et Marin, Le chèque, Dalloz 1969, n° 302, p. 228 et ss. ; Hugounenq, op. cit., p. 138 et s. ; Cheron, note précitée ; A. Besson, Les chèques falsifiés, JCP. 1941.I.220.

(9) En réalité, les auteurs limitent les rapports des parties au chèque dans lequel ils voient un mandat salarié tacite et dont le contenu est "bien instable, bien indécis" Hugounenq, op. cit., p. 31. Add. Lenoir, op. cit. p. 21 et ss. Toutefois, d'éminents auteurs contemporains continuent à voir dans la jurisprudence une consécration de la responsabilité délictuelle soit sur la base de la faute (v. Vasseur et Marin, op. cit., p. 231 note 6. Add. Vasseur, obs. D.1992.Som. 25 sous Douai 28 juin 1990 et Versailles 78 déc. 1990), soi sur celle du risque d'entreprise (v. Credot et Gérard, obs. Droit banc. et de la bourse, 1987 p. 52). À vrai dire, la jurisprudence est difficile a saisir.

(10) La conférence de Genève, à l'instar de celle de La Haye, a écarté, après de longues discussions et un vote de principe, les projets de texte mettant les risques à la charge du tiré ou même du tireur. v. l'exposé des débats et, notamment, la position de M. Percerou, franchement défavorable à la théorie du risque, in Bouteron, Le statut international du cheque, p. 606 et ss. ; v. aussi le rapport du comité de rédaction, n° 127.

(11) La solution est explicitement admise dans l'exposé des motifs du projet de l'art. 35 du D.-L du 30 oct. 1935, v. Vasseur et Marin, op. cit., n° 302, p. 228.

(12) Après de longues hésitations, il est vrai, la cour de cassation a posé nettement le principe du non-cumul, v. c. civ. 11 janv. 1922, s.1924.I.105, note Démogue ; c. civ. 1ère, 9 mars 1970, B. civ. 1970.I. n° 87, RTDciv. 1971. 139, obs. Durry ; 11 mai 1982, G.P.1982.2.612, note F. Chabas et, tout récemment, 11 janv. 1989, JCP.1989.II.21326, note Larroumet. Add. Durry, La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, Centre de recherche du droit privé et comparé du Québec, université Mc Gill 1986 ; Espagnon, La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle en droit civil français, Th. Paris 1980 ; Bussy-Durand, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, LGDJ 1988, préface Ghestin, n- 44 et ss. v. aussi, Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, 1948, t. II, n° 396 et ss. p. 288 et ss. ; Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil, t. II, 1er vol. Obligations, n° 403 et ss., p. 384 et ss.

(13) V. c. com. 13 mai 1986, Rev. dr. banc. 1987.53, obs. Credot et Gérard. Alors que le droit ivoirien ne semble pas s'intéresser à cette responsabilité, on constate l'extension de son domaine en droit français en cas de faute des préposés de la banque (v. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 1990, n° 166 et 167) et au cas où le paiement irrégulier prive le porteur d'un chèque régulier d'une provision suffisante (v. c. com. 4 juin 1991, RTDCom.1991.614, obs. Cabrillac et Teyssié). Du reste, la solution est conforme à l'esprit de l'art. 73 du D-L de 1935, siège de la responsabilité du tiré de la délivrance illicite du chéquier, en cas d'émission de chèque sans provision, cf. Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 208, p. 111 ; comp. Derrida, Le nouveau régime des chèques sans provision, D.1976. ch. 203, n° 65.

En revanche, étant lié à son client par un contrat, le banquier engage sa responsabilité sur le terrain contractuel, soit en raison des fautes commises dans l'exécution (ou l'inexécution) de ses obligations contractuelles (I), soit sur la base des risques d'inexécution que le contrat lui attribue en fonction de la nature de l'obligation violée (II).

I - RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LA FAUTE

5 - La jurisprudence ivoirienne, à l'instar d'une tendance classique de la jurisprudence française, situe les rapports du banquier avec son client sur le terrain du droit commun de la responsabilité contractuelle (14). Elle procède à l'analyse des obligations contractuelles des parties et cherche une faute à la charge de l'une d'elles dans l'exécution de ses obligations pour lui faire assumer les conséquences dommageables dues au paiement du faux chèque au faussaire. Ainsi décrite, la démarche n'encourt guère de reproches.

Cependant, l'analyse des décisions recensées démontre que l'approche des juges ivoiriens des rapports des parties est aussi incomplète qu'empirique (15). En effet, les rapports du banquier avec son client ne s'expliquent pas, uniquement, par le contrat de mandat que constitue le chèque, comme le laisse entendre la jurisprudence. Les parties sont liées, au préalable, par un contrat de dépôt bancaire auquel les juges n'attachent aucun intérêt. Il en résulte, immanquablement, une méprise sur la nature de la faute (prouvée ou présumée) à la base de la responsabilité.

6 - Toutefois, conscients sans doute de la fragilité du fondement qu'ils assignent à la responsabilité du banquier tire (A), les juges en limitent l'étendue par la recherche de la faute du tireur (B).

A - FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER TIRÉ

7 - La position de la jurisprudence ivoirienne n'est pas erronée, mais elle n'offre à la responsabilité du banquier tiré qu'un fondement fragile, parce qu'elle résulte d'une analyse limitée des rapports contractuels de ce dernier avec son client, le tireur (a), et de la nécessité, toujours contestable, d'une faute prouvée à la base de la responsabilité contractuelle (b).

a) Conception limitée des rapports contractuels des parties

8 - Un seul arrêt de la cour d'appel d'Abidjan a posé avec clarté le problème des rapports contractuels entre les parties. C'est l'arrêt n° 18 du 17 janvier 1975, d'après lequel "le banquier est lié à son client par une convention qui s'analyse à la fois en un contrat de mandat et un contrat de dépôt" (16). Encore que cet arrêt n'ait attaché à la dualité du contrat aucune dualité d'obligations ou de régime juridique

(14) V. c. civ. 10 oct. 1956, D.1957.19, G.P.1956.2.356 ; c. civ. 5 janv. 1957, JCP.1957.II.9769 ; Banque 1957.425, obs. X. Marin ; Paris, 10 déc. 1956, JCP.1957.II.9787 ; v. aussi Grua, Responsabilité civile du banquier en matière d'opération de caisse, J.-Cl. com., Banque et crédit, fasc. 152, n° 27 et ss. Add. Gavalda et Stoufflet, Effets de commerce, chèques, cartes de paiement et de crédit, Litec 1991, n° 229, p. 330 ; Besson, op. cit. ; Renard, Chèques faux et falsifiés (l'application de la responsabilité du commettant au titulaire d'un compte de chèques victime de son préposé), Banque 1959.643 ; Cabrillac, Le chèque et le virement, 5ème éd. Litec, n° 322 et ss., p. 174 et ss.; Vezian, La responsabilité du banquier en droit privé français, Litec 1977, n° 134, p. 115.

(15) V. P. Veaux-Fournerie, obs. à la RID.1977 (1-2), p. 80.

(16) RID. (1-2), p. 88. Comp. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 5ème éd. 1990, n° 267 et ss. p. 365 et s. ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 228, p. 325 ; Vezian, op. cit., n° 82 et ss., p. 81 et ss.

puisqu'il ajoute "qu'en cette qualité, il est tenu envers celui-ci d'une obligation de prudence et de diligence ; qu'en n'y satisfaisant pas il est responsable contractuellement de la faute qu'il a commise". À l'évidence, ce motif ne vise que l'obligation du banquier mandataire.

Une autre tentative de clarification a été vouée à l'échec dans l'arrêt n° 87 du 28 février 1975. Cet arrêt considère le client "déposant ou mandant" du banquier et non pas les deux à la fois.

La confusion apparaît, d'une manière beaucoup plus frappante encore, à la lecture des motifs de l'arrêt n° 85 rendu le même jour que l'arrêt précédent. "Considérant, dit l'arrêt, que la banque gardienne des fonds du client aux termes du contrat de mandat, a le devoir de prouver qu'elle s'est comportée en bon père de famille et qu'elle a accompli les actes de contrôle qui lui incombent quant à la délivrance des fonds". La confusion entre les obligations qui résultent du contrat de dépôt et celles engendrées par le contrat de mandat est totale.

9 - Cette confusion, érigée en doctrine, a été systématiquement combattue par Mme Veaux-Fournerie dans les commentaires qu'elle a faits de ces arrêts. Elle s'est attachée a démontrer la complexité et la dualité des rapports contractuels qui lient le client à son banquier et confèrent à ce dernier la double qualité de dépositaire et de mandataire. "Il est parfaitement possible, dit-elle, d'assigner à chacune de ces qualités du banquier son domaine propre... Nous persistons en conséquence à penser que c'est en s'orientant dans la voie du dépôt et en s'appuyant sur les articles 1937 et 1239 qu'on mettra fin à ce voile d'incertitude qui nimbe toute la jurisprudence relative à la situation du banquier qui a payé un chèque faux (ou exécuté un ordre de virement faux)" (17).

Mais, ces appels à la clarification du débat sont restés sans écho, puisqu'aucune des décisions postérieures ne s'est prononcée sur la nature du rapport contractuel qui lie le banquier à son client. Les juges ont maintenu leur position qui voit ce rapport sous l'angle exclusif du contrat de mandat. Les obligations du banquier sont celles d'un mandataire (18). Cette approche, incomplète et erronée, a conduit la jurisprudence à bâtir le régime de la responsabilité du banquier sur la seule base de la faute dans l'inexécution de ses obligations de prestataire de services en ignorant, totalement, son obligation de restituer les fonds déposés.

b) Exigence d'une faute prouvée

Il est incontestable qu'en matière contractuelle la voie la plus sûre consiste à démontrer la faute du débiteur dans l'exécution des obligations que le contrat engendre à sa charge. Ceci est vrai quelle que soit la nature de l'obligation (de moyen ou de résultat) (19) et quel que soit le fondement de la responsabilité (faute prouvée ou faute présumée). Dans tous les cas, la preuve d'une faute met un terme au débat.

---

(17) Obs. RID.1977, op. cit., p. 83.

(18) Obs. RID.1977, op. cit., p. 83 (18) Rap. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, Droit bancaire, op. cit., n° 288 p. 400 et ss. qui distinguent entre les obligations du tiré en tant que dépositaire et ses obligations en tant que prestataire de services. C'est en cette dernière qualité que le "banquier doit s'assurer qu'aucune falsification n'altère le libellé primitif du chèque. Il n'est cependant responsable que dans la mesure où une faute peut être établie à son égard" (ibid. p. 403).

(19) La distinction, faite par Demogue, entre obligation de moyen et obligation de résultat est devenue capitale dans ce domaine. V. J. Frossard, La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat, LGDJ. 1965 ; v. aussi, Mazeaud et Chabas qui en font une summa divisio (Les obligations, op. cit., n° 21 et ss., p. 15 et ss.) mais préfèrent parler d'obligation générale de diligence, appellation consacrée, du reste, par la cour de cass. (v. Ass. pl. 30 mai 1986, D.1987.109, note Penneau). Mais la distinction, franchement contestée dans son principe (v. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cit., n° 123, p. 88) ou critiquée dans son critère (v. Tunc, La distinction des obligations de résultat et des

C'est dans cette voie que s'engage la jurisprudence à propos de la responsabilité du banquier. Dans le cas où le banquier est tenu d'une obligation générale de diligence (c'est le cas du banquier-mandataire), sa responsabilité n'est engagée qu'en raison de ses fautes dans la fourniture des moyens promis. La recherche d'une faute se justifie amplement dans ce domaine en vertu de l'article 1137 du code civil (20). Lorsque le banquier est tenu d'une obligation de résultat (c'est le cas du dépositaire tenu à restitution), sa responsabilité s'engage par le seul fait de l'inexécution de l'obligation. L'inexécution implique, voire présume, la faute dans les termes de l'article 1147 du code civil (21). Le dépositaire peut se décharger en prouvant l'absence de faute ou de négligence de sa part (22). Engager la responsabilité du débiteur tenu d'une obligation de résultat sur la base d'une faute prouvée c'est encore mieux, car, dans ce cas, même si le débiteur parvient à prouver la cause étrangère à l'origine de l'inexécution, il ne se déchargera pas totalement de sa responsabilité. Néanmoins, dans la pure théorie juridique, exiger la preuve d'une faute là où la loi en présume une, revient à renverser le fardeau de la preuve au mépris des articles 1315 et 1147 du code civil.

11 - La cour d'appel d'Abidjan se montre, dans l'ensemble de ses décisions, assez défavorable à cette règle de preuve basée sur la présomption de faute. Sa jurisprudence rendue dans l'affaire ENACI/SIB/BIAO en est une illustration. En effet, par un arrêt avant-dire droit en date du 21 mars 1975 (23), la cour a précisé que "la responsabilité des banques SIB et BIAO ne peut être engagée que si, à l'occasion du paiement des chèques falsifiés, elles ont, alors qu'elles étaient tenues à la diligence du bon père de famille, commis certaines fautes". À la suite de quoi, l'ENACI s'est proposée de démontrer les fautes des banques. Peine perdue, a dit la cour, dans son arrêt au fond en date du 25 février 1977 (précité), "aucune faute ne

---

obligations de diligence, JCP.1945.I.449 qui propose l'aléa comme critère de distinction. Add. Responsabilité en général, Enc. Dalloz n° 82 et ss.) a fini par être admise par les auteurs contemporains qui, toutefois, en affinent l'analyse (v. Crepeau, L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat ou de garantie, 1989 ; Ligier, Responsabilité contractuelle, Enc. Dalloz, n 59 et 60. Add. Aynes, J.-Cl. civ., art. 1146 à 1155, fasc. 11, n° 44 et 45 qui parle aussi d'obligations de résultat atténuée et d'obligation de moyen renforcée ; D. Veaux, Responsabilité de l'entreprise de conseil, Cont. Conc. Cons., janv. 1992, p. 1 et ss.).

(20) V. Weil et Terré, Droit civil, Les obligations, 3eme ed. n° 396, p. 442 et ss. Cependant, la nécessité d'une telle faute n'est pas unanimement admise, comp. Mazeaudet Chabas, op. cit., n° 435 et 437.

(21) V. B. Starck, Droit civil, Obligations 2, contrats, 3ème ed. par H. Roland et L. Boyer, Litec. 1989, n° 1406, p. 578. Add. P.bVeaux-Fournerie, RID.1977, op. cit., p. 84 et RID.1978, op. cit., p. 149. La cour de cassation va plus loin puisque, pour elle, l'obligation de résultat "emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité", civ. lère, 16 fév. 1988, B. civ. I n° 42, RTDCiv. 1988.767, obs. Jourdain.

(22) Nous ne manquerons pas de souligner la jurisprudence la plus récente de la cour de cass. d'après laquelle, l'obligation de conservation présume la faute du dépositaire, bien qu'elle soit une obligation de moyen, si la chose a été détériorée. Le dépositaire peut se décharger de sa responsabilité, soit en prouvant l'absence de faute de sa part, soit en prouvant le fait qui l'exonère. RTDCiv 1989.328, obs. Jourdain ; c. civ. lère 24 juin 1981, B. civ. I. n° 232, D.1982.I.R.363, obs. Larroumet, RTDCiv. 1982.430, obs. Rémy ; 28 mai 1984, B. civ. I., n° 173 ; 11 juil. 1984, B. civ. I. n° 230. Cette jurisprudence fait de l'obligation de conservation une obligation de moyen "renforcée" (cf. P. Jourdain, obs. précitées) et de l'obligation de restitution, une obligation de résultat "atténuée" (v. Rémy, obs. précitées). Cependant, certains auteurs l'approuvent (v. Larroumet, obs. précitées) alors que d'autres la critiquent (v. G. Durry, obs. RTDCiv. 1981, p. 403 n° 3 sous Paris 23 oct. 1980 à propos d'une colonie de vacances). comp. Chabry, note sous le même arrêt, G.P.10 fév. 1981. Add. Vivey, La responsabilite, LGDJ. 1982 : conditions, n° 546 et note 401. Quoiqu'il en soit, la portée de cette jurisprudence, relative au dépôt de corps certain, se trouve réduite à néant, selon nous, en cas de dépôt de fonds en banque où il s'agit de dépôt de choses de genre qui entrent, d'ailleurs, dans la propriété du dépositaire d'après l'art. 4 de la loi de 1941 : le banquier est tenu d'une seule obligation, celle de restituer les fonds à la demande du client. v. Cabrillac et Rives-Lange, Enc. Dalloz, Dépôt et compte en banque, n° 34. Il répond, à cet égard, de la force majeure contrairement aux dispositions du droit commun, v. Hamel, Lagarde et Jauffret, Traité de droit commercial, T. 2, Dalloz 1966 n° 1641 et note 4.

(23) RID.1978 (3-4), p. 150.

pouvait être retenue à l'encontre des banques concernées BIAO et SIB". La demanderesse a succombé parce qu'elle n'a pas prouvé la faute que l'article 1147 présume à la charge de son adversaire. C'était, en fait, aux banques de démontrer que l'inexécution de leur obligation de restitution n'était pas fautive. Encore fallait-il admettre qu'elles étaient dépositaires avant d'être mandataires. Ce que la cour refuse de faire, au risque de bousculer les règles les plus solidement établies, comme celle de la répartition du fardeau de la preuve (24).

12 - Il en est de même du jugement du tribunal de première instance d'Abidjan qui a débouté la SOCIVEX de sa demande en restitution du montant du faux chèque payé par la BIAO, au motif "qu'il n'était pas établi que la BIAO ait commis une négligence en payant le chèque litigieux" (25). Cette recherche obstinée de la faute est d'autant plus dangereuse qu'elle relève du pouvoir souverain des juges. La cour d'appel d'Abidjan, saisie de cette affaire, a retenu des fautes là où le tribunal n'en avait vu aucune (26). Cette contradiction de vues des juges du fond a amené l'affaire devant la cour suprême, qui a saisi l'occasion pour rappeler la règle de preuve édictée à l'article 1147. Encore que son arrêt du 27 mai 1976 (précité) ne l'ait fait que d'une manière aussi générale que dépourvue de portée en l'espèce : "conformément aux dispositions de l'article 1147 du code civil, le débiteur contractuel ne sera déchargé de tout ou partie de la responsabilité qui pèse sur lui du fait de l'inexécution de l'obligation à laquelle il s'est engagé, qu'en prouvant que ladite inexécution a eu pour cause, ne serait-ce que partiellement, le fait fautif de la victime". Cette formule suscite plusieurs observations. D'abord, elle est trop générale pour viser particulièrement le cas du banquier. Ensuite, elle est dépourvue d'intérêt puisqu'elle ne précise ni la nature du contrat (dépôt ou mandat), ni la nature de l'obligation (de résultat ou de moyen). Enfin, elle dénature le sens de la cause étrangère de l'article 1147 en la limitant, arbitrairement, au fait fautif

13 - Néanmoins, la règle relative au fardeau de la preuve ne semble pas ignorée par les juges du fond. Ainsi, dans son arrêt n° 85 du 28 février 1975 (précité), la cour d'appel d'Abidjan considère que la banque "a le devoir de prouver qu'elle s'est comportée en bon père de famille et qu'elle a accompli les actes de contrôle qui lui incombaient quant à la délivrance des fonds". Elle est, généralement, déchargée de sa responsabilité si la signature est bien imitée et si le faux est difficile à déceler.

B - DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER TIRÉ

14 - Quoiqu'il en soit, la responsabilité du banquier est limitée, d'une part, par la qualité des fautes retenues à sa charge (a) et, d'autre part, par les fautes du tireur qui engagent sa propre responsabilité du mauvais paiement (b).

a) Les fautes génératrices de la responsabilité du banquier

15 - Les fautes le plus souvent retenues à la charge du banquier sont celles qui consistent dans la violation de l'obligation de diligence qui lui incombe dans la

(24) qui résulte des art. 1147 et 1315 al. 2 c. civ. V. Terré, Intro. gén. au droit., Dalloz, 1991 n° 496 ss.
(25) RID.1977 (1-2), p. 88.
(26) V. CAA 17 janvier 1975, précité. Une telle recherche des fautes par les juges du fond est "plus ou moins divinatoire", Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, n° 2208, p. 256.

délivrance du chéquier (27) et dans le paiement du montant du chèque (28). Conformément à l'article 1137 du code civil, il est tenu d'apporter à ces opérations tous les soins d'un bon père de famille (29). Ceci se traduit, en l'occurrence, par une série de contrôles et de vérifications de la régularité du chèque (ou du virement) (30) et de l'identité du bénéficiaire (31).

S'il est vrai que l'on "ne peut exiger du banquier qu'il soumette chaque chèque a une véritable expertise, (et) que l'examen auquel il procède est forcément rapide et superficiel" (32), il n'est pas moins vrai que "l'aspect grossier des imitations des signatures ne pouvant échapper à un examen attentif d'un préposé avisé" (33) oblige le banquier au paiement du montant du chèque ainsi encaissé. Le banquier se rend coupable de la "légèreté blâmable" avec laquelle il a payé le faux chèque. C'est le cas, par exemple, lorsque le chef du service de caisse à la banque oblige son préposé, qui a décelé la fausse signature, à payer le chèque (34). Il en est de même, lorsque le préposé d'une agence refuse le paiement d'un chèque pour fausse signature, alors que le préposé d'une autre agence encaisse un chèque identique sans procéder aux vérifications de sécurité (35). Peu importe que la fausse signature soit apposée sur la demande de chéquier, sur la demande de remise de chéquier à un tiers ou sur le chèque lui-même (36).

Il faut souligner que le tiré est tenu de vérifier, non seulement l'authenticité de la signature du tireur, mais également la régularité formelle du titre. Ainsi, commet-il une faute en payant, sans procéder aux vérifications nécessaires, notamment de la régularité de la chaîne des endossements, un chèque dont le montant ou le nom du bénéficiaire a été falsifié (37). Toute anomalie matérielle doit attirer l'attention du banquier. En revanche, les anomalies "intellectuelles" qui amèneraient le banquier à s'immiscer dans les affaires du client suscitent beaucoup de réserves à la

(27) V. Cabrillac, jurisclasseur Banque et crédit, Chèques, fasc. 330, n° 98 ; Jeantin, Droit commercial, Dalloz 1991, n° 34 et ss., p. 17 et ss., Lenoir, op. cit., p. 27 et ss. V. aussi, Paris, 17 oct. 1931, G.P.1932.1.19 ; TGI Nîmes, 20 mars 1973, JCP.1973.IV.194, RTDCom.1973.607, obs. Cabrillac et Rives-Lange. Add. c. com. 19 juin 1990, RTDCom.1991.74, obs. Cabrillac et Teyssié.
(28) V. Vezian, op. cit., n° 125 et ss., p. 109 et ss. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit. n° 183, p. 235 et ss. ; Galvada et Stoufflet, op. cit., n° 227 et ss., p. 325 et ss.
(29) V.. CAA, 25 fév. 1977 (n° 119), RID.1978, précité et obs. P. Veaux-Fournerie, op. cit., p. 146.
(30) V. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1709 ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 228, p. 325 et ss. ; Chaput, Effets de commerce, chèques et instruments de paiement, droit fondamental, 1992, n° 193 et 229 ; Cabrillac, Le chèque, op. cit. , n° 227, p. 123 ; Vezian, op. cit., n° 128, p. 110. Add. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 288, p. 400 ; Jeantin, Droit commercial, Dalloz 1990 n° 92, p. 45.
(31) V.Chaput, op. cit., n° 229 ; Cabrillac, le chèque, n° 228 et s. p. 128 ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 228, p. 326 ; Vezian, op. cit., n° 130 et s., p. 112 et s. ; Grua, J.-Cl., op. cit., n° 23. Mestre, Manuel de droit commercial, LGDJ.1990, n° 866, p. 561 et s. ; Jeantin, op. cit., n° 91, p. 45.
(32) CAA du 28 juin 1974, précité. On ne peut exiger d'un employé de banque "la compétence et la minutie d'un expert en graphologie" (Cabrillac, le Chèque, op. cit., n° 326, p. 177) ; v. aussi, c. com. 10 juil. 1957, G.P.1957.2.272 ; 4 nov. 1976, JCP.1977.II.18750, note Stoufflet et les références. Add. c. com. 30 oct. 1984, G.P.1985.I.99 ; Paris, 24 sept. 1985, G.P.1986.I.som.19, note Doucet.
(33) Tr. lère Inst. Abidjan, 13 déc. 1973, précité ; v. c. com. 4 nov. 1976, précité ; Rouen, 16 janv. 1948, Banque 148.524, obs. X. Marin.
(34) V. CAA, 28 juin 1974, précité.
(35) V. CAA, 17 janv. 1975.
(36) V. CAA, 28 fév. 1975 (n° 85), précité ; comp. TGI Nîmes, 20 mars 1973, JCP.1973.IV.194 ; Aix-en-Provence, 30 oct. 1984, G.P.1985.2.som.22.
(37) V. Nancy, 12 mai 1926, S.1926.2.83 ; Lyon, 4 mars 1957, G.P.1957.2.91. Add. Tr. com. Seine, 24 juil. 1958, G.P.1958.2.343 ; Paris, 25 mai 1963, Banque 1963.485, obs. Marin ; c. com. 26 mars 1973, B.civ. IV, n° 132, RTDCom. 1973.839, obs. Cabrillac et Rives-Lange. Rapp. c. com. 3 avril 1990, J.C.P.1990.IV.212.

cour de cassation (38). Ainsi, la cour de cassation n'impose pas au tiré la vérification de la signature des endosseurs ni de leur pouvoir (39).

b) Les fautes génératrices de la responsabilité du tireur

16 - La faute du tireur est, généralement, recherchée et retenue afin de décharger le banquier, totalement ou partiellement, de sa responsabilité (40). Les juges retiennent trois sortes de fautes. La faute dans la garde et la surveillance de son chéquier, la faute dans la surveillance de ses préposés ou des membres de sa famille dont il est civilement responsable et, enfin, la faute dans la vérification des mouvements de fonds et des relevés bancaires.

17 - Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel d'Abidjan du 28 juin 1974 (n° 356 précité) a reproché au tireur sa faute qui avait consisté à ne pas "prendre des précautions suffisantes pour mettre son carnet à l'abri de soustractions possibles". D'autant plus qu'en l'espèce, c'était le fils mineur du tireur qui avait soustrait le chèque d'un chéquier malencontreusement déposé sur le buffet du salon.

Cependant, la faute dans la garde du chéquier doit être caractérisée. Il ne doit pas suffire, en principe, de constater le fait que "le chéquier litigieux est parvenu en la possession du faussaire soit à la suite d'un vol soit à la suite d'une perte de carnet qui le contenait" (Tr. 1ère Inst. Abidjan, 1er déc. 1982, précité), pour en déduire la faute du tireur. La présomption de faute dans la garde du chéquier, suggérée par Thaller, a été combattue par les auteurs (41). Tout dépend des circonstances. Il y a faute dans la garde, si l'attitude du tireur a facilité le vol ou la perte du chéquier ; en le laissant, par exemple, dans une voiture non fermée à clef, la nuit dans un parking (42). La faute est plus grave encore si le chéquier était abandonné dans une sacoche,

(38) V. c. civ. 5 mars 1974, B.Civ.II, n° 130, RTDCom.1976.165, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; c. com. 30 oct. 1984, B.civ.IV n° 285, banque.1985.644., obs. Rives-Lange, RTDCom.1985.539, obs. Cabrillacet Teyssié. Contra, Paris, 7 fév. 1966, RTDCom.1966.972.

(39) V. c. com. 3 janv. 1977 (2 arrêts), B. civ. IV n° 1 et 2 ; RTDCom.1977.335, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; 13 mai 1981, B. civ. IV, n° 225, RTDCom. 1981.801, obs. Cabrillac et Rives-Lange. Add. Paris, 25 nov. 1986, Rev. dr. banc. 1987.87, Credot et Gérard.

(40) Il y a lieu de préciser, quoique le problème ne se soit pas posé aux juges ivoiriens, que, conformément à la jurisprudence française, la faute du banquier présentateur, dans la vérification de la chaîne des endossements et de l'identité de l'accipiens, engage sa responsabilité envers le tireur sur la base de l'art. 1382 c. civ. (v. c. com. 26 mars 1973, RTDCom. 1973.839, obs. Cabrillac et Rives-Lange). Certes, les deux banquiers seront tenus in solidum (v., notamment, Paris 21 fév. 1980, G.P.1980.2.som.383, RTDCom. 1980.578, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; Paris, 27 avril 1984, G.P.1984.2.som.348), mais dans les rapports interbanques, la responsabilité sera partagée (v. Rouen, 26 nov. 1976, D.1978.IR.307, obs. Vasseur et 339, obs. Cabrillac ; v. aussi, c. com. 4 juil. 1978, B. civ. IV, n° 187, RTDCom. 1979.287, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; c. com. 17 déc. 1980, B. civ. IV, n° 427, RTDCom. 1981.571, obs. Cabrillac et Teyssié) ou assumée par la banque présentatrice du chèque seule ou en concurrence avec le titulaire du compte et son préposé (Paris 5 juil. 1983, Banque 1983.1195, obs. Rives-Lange, RTDCom. 1984.118, obs. Cabrillac et Teyssié. v., cependant contra, Douai, 27 janv. 1982, D.1983.I.R.466, obs. Vasseur, qui a retenu la seule responsabilité du tiré. Add., Paris, 28 juin 1988, D.1988.I.R.201, RTDCom. 1988.657, obs. Cabrillac et Teyssié ; Limoges, 12 fév. 1990, B. inf. c. cass. 15 mai 1990, n° 304 p. 21, Rev. dr. banc., 1990.230, obs. Credot et Gérard.

(41) V. Lacour et Bouteron, Traité de droit commercial, t.2, n° 1457 bis ; Besson, op. cit. Néanmoins, il nous semble que la répartition des risques entre les parties peut éviter le recours artificiel à la présomption de faute et maintenir une solution juste et plus équilibrée.

(42) V. Tr. Ins. Versailles, 18 déc. 1980 et Tr. Ins. Bordeaux, 1er avril 1981, D.1981.I.R.301 et ss., obs. Vasseur ; Bordeaux, 17 nov. 1982, Banque 1983.781, obs. L. Martin ; Tr. ins. Paris, 2 fev. 1984, G.P.28-29 sept.1984.som., RTDCom. 1984.699, obs. Cabrillac et Teyssié ; comp. c. com. 10 oct. 1956, D.1957.19 ; G.P.1956.2.356 ; Tr. com. Besançon, 5 juin 1970, Banque 1971.205. com. 23 juin 1987, G.P.12 déc. 1987. som. 259.

avec une pièce d'identité, sur le toit d'une voiture (43), voire dans une cabine téléphonique (44).

18 - La faute du tireur peut résulter "de la surveillance insuffisante qu'elle a exercée sur son préposé, même si, comme elle l'affirme, celui-ci lui avait donné jusqu'alors entière satisfaction" (45). Mrs Gavalda et Stoufflet font observer que "la présentation du chèque falsifié par un préposé du client implique souvent une faute de ce dernier qui a mal place sa confiance... (et que)... le chèque faux dès l'origine est souvent présenté par un comptable indélicat du porteur. Mais cette circonstance n'implique pas nécessairement une faute exonérant, totalement ou partiellement, la responsabilité du tiré. Elle ne suffit pas en tout cas à elle seule à faire tomber la responsabilité présumée du tiré" (46).

Conformément à cette doctrine la jurisprudence ivoirienne refuse de retenir la responsabilité civile du tireur comme cause d'exonération du banquier de sa responsabilité contractuelle. Ainsi pour la cour d'appel d'Abidjan (n° 18 du 17 janvier 1975) "le fait que le faux ait été commis par un employé de la SOCIVEX, dont celle-ci est civilement responsable, n'influe en rien sur la responsabilité de la BIAO". On remarquera que cet arrêt n'est pas contredit par celui du 28 juin 1974 (précité), qui relève que le tireur est civilement responsable de son fils, puisque, en fin de compte, il n'engage sa responsabilité que sur la base d'une faute de négligence dans la garde de son chéquier et non pas dans l'éducation de son fils.

La solution est classique pour la jurisprudence française (47). Elle respecte le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle qui empêche la seconde d'interférer dans le fonctionnement de la première (48). Toutefois, ce principe comporte des exceptions (49), et c'est vers ces exceptions qu'une certaine jurisprudence tend à tirer la matière (50).

19 - En effet, deux arrêts récents de la cour de Paris, confirmant une tendance ancienne (51), font planer des doutes quant à la portée du principe du non-cumul en la matière, en affirmant que "en cas de paiement de chèque falsifié par apposition d'une signature imitée par un préposé du tireur lui-même, la responsabilité de la banque ne peut être retenue que si une faute est établie à la charge de celle-ci" (52). La présomption de responsabilité civile du tireur renverse la présomption de responsabilité contractuelle du tiré. Du point de vue empirique, la solution est justifiée parce que le banquier a un recours contre le tireur, commettant du faussaire. Il n'y a

(43) C. civ., 2éme, 7 déc. 1988, G.P.1989. pan. 29, RTDCom 1989. 275, obs. Cabrillac et Teyssié.
(44) V. TGI Versailles, 9 oct. 1986, cité par Credot, Resp. du banquier, Rev. dr. banc., 1990, n° spécial, p. 14.
(45) CAA, 28 fév. 1975 (n° 87, précité), comp. c. com. 5 janv. 1957, JCP.1957.II.9769, G.P.1957.I.284 ; 10 juil. 1957, GP.1957.2.272, RTDCom 1957.981, obs. Becque et Cabrillac. Add. c. com. 23 juin 1981, B. civ.IV n° 290, D.1982.I.R.174, obs. Cabrillac ; 27 avril 1982, Banque 1982.1386, obs. L. Martin, RTDCom.1982.589, obs. Cabrillac et Teyssié.
(46) Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 228, p. 310.
(47) V. c. civ. 2 mars 1942, G.P.1942.2.23, précité ; Tr. com. Seine 18 nov. 1952, Banque 1953.175, obs. X. Marin ; Alger, 4 avril 1952, Banque 1953.244, obs. Marin ; Tr. com. Seine, 7 oct. 1965, Rev. jur. com., 1966, n° 430, p. 106 et ss.
(48) V. supra note (12). Add. B. Starck, op. cit., n° 1749 p. 716 ; Weil et Terré, op. cit., n° 759, p. 853 et ss.
(49) V. Tunc, Responsabilité en général, op. cit., n° 186 et ss.; Mazeau et Chabas, op. cit., n° 404, p. 386.
(50) V. Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 329.
(51) V. Riom, 24 janv. 1924, S.1925.2.21, G.P.1924.1.301 ; Paris, 20 oct. 1932, G.P.1933.2.176 ; civ. 2 mars 1942 D.C.1942.57, JCP.1942.II.1846, GP.I.223 ; Montpellier, 3 juil. 1953 G.P.1953.2.305 ; Paris, 2 juin 1953, Banque 1953.456, obs. Marin ; Tr. com. Lyon, 15 déc. 1955, Banque 1956.382, obs. Marin qui approuve.
(52) Paris, 28 mars 1990, D.1990.IR.97. Add. Paris, 21 juin 1991, Rev. dr. banc., janv.-fév. 1992, obs. Credot et Gérard.

qu'avantage à vider ce recours lors du premier procès (53). Mais le raisonnement de l'arrêt contient quelque chose d'insolite sur le terrain des principes. La cour de cassation préfère, avec l'appui de la doctrine (54), l'orthodoxie du recours à la faute du tireur (55) ou, accessoirement, la protection du banquier par son devoir de non ingérence (56). Aussi, la cour de Paris (et avec elle toute la tendance dissidente) a-t-elle reçu un sévère rappel à l'ordre en voyant son arrêt du 28 mars 1990 cassé (57).

20 - Par ailleurs, le tireur engage sa responsabilité s'il ne surveille pas les mouvements de fonds de son compte en vérifiant, en temps opportun, les relevés que lui envoie périodiquement son banquier. Cette vérification doit lui permettre d'avertir celui-ci à temps, afin de limiter les dommages. Le client est tenu à une certaine vigilance quant à la surveillance et au contrôle des mouvements de ses fonds en dépôt à la banque. Sa faute peut résulter du "contrôle trop peu rigoureux de son portefeuille qui ne lui a permis de constater l'existence des chèques qui avaient été falsifiés que plusieurs semaines après que les premiers aient été payés" (58). La solution est aussi ancienne (59) que constante (60) et générale (61) pour la jurisprudence française.

21 - En définitive, vu sous l'angle de la responsabilité contractuelle, le système établi par la jurisprudence ivoirienne (à l'instar de la jurisprudence française classique) sur la base de la faute semble aussi équilibré qu'équitable. Chacune des parties assume les conséquences dommageables de sa faute. Mais, ce système s'avère artificiel dans la mesure où il exige une faute là où la loi permet de s'en passer et d'engager la responsabilité du banquier par cela seul qu'il ne restitue pas les fonds déposés. Cet artifice conduit la jurisprudence à déformer le contenu de la faute afin d'y faire entrer des comportements normalement insuffisants pour constituer des fautes et à "masquer les bases fondamentales de la solution" (62). Ce système est, surtout, inefficace dans le cas où aucune faute n'est démontrée à la charge des parties.

---

(53) V. Capitant, Les chèques à fausse signature, Gaz. Dalloz 1923, p. II7 ; Renard, op. cit. p. 643 et ss. contra, Esmein, note au Sirey 1925 précité ; Cabrillac, J.-Cl. Chèques, op. cit., n° 103 et ss.
(54) V. Cabrillac, J.-Cl., Chèques, op. cit., n° 104.
(55) V. c. com. 18 avril 1989, D.1989.I.R.136, JCP. 1989.IV.225. À vrai dire, on peut reprocher au tireur, dans cette espèce, outre le manque de surveillance de l'employé, le manque de contrôle vigilant de fiches comptables ; v. aussi, Paris 11 juil. 1986, Rev. dr. banc. 1987.52, obs. Credot et Gérard ; c. com. 27 avril 1982 (sol. implicite), Banque 1982.1386, obs. Martin, RTDCom. 1982.589, obs. Cabrillac et Teyssié ; rapp. c. com. 5 déc. 1989, Banque. 1990.156, obs. Guillot. Add. Grua, op. cit., n° 32.
(56) V. c. com. 30 oct. 1984, B. civ. IV. n° 285, Banque 1985.644, obs. Rives-Lange, RTDCom. 1985.539, obs. Cabrillac et Teyssié ; c. com. 10 mars 1987, G.P.21-23 juin 1987.131, Rev. dr. banc. 1987.127, obs. Credot et Gérard ; c. civ. 5 mars 1974, B. civ. I. n° 130, RTRDCom.1976.165, obs. Cabrillac et Rives-Lange. Add. Tr. com. Paris, 23 janv. 1991, Banque 1991.246.
(57) V. c. com. 28 janv. 1992, D.1992.I.R.81. Cet arrêt est d'autant plus significatif qu'il place le débat sur le terrain de la présomption de responsabilité du tiré (v. infra n° 36) et qu'il intervient après l'arrêt de la 1ère ch. civ. du 11 janv. 1989 (v. supra, note 12) qui consacre, définitivement, le principe du non-cumul des responsabilités.
(58)CAA, 28 fév. 1975 (n° 87), précité. Add. c. com. 13. déc. 1988, JC.1989. ed. E.I.18199 ; 10 mars 1987, G.P.21-23 juin 1987.131.
(59) V. Tr. com. Seine, 18 nov. 1952 Banque 1953.175, obs. Marin ; RTDCom. 1953.459, obs. Becque et Cabrillac ; Montpellier, 3 juil. 1953 précité ; c. com. 10 juil. 1957, G.P.1957.2.272, Banque 1957.740 ; RTDCom.1957.981, obs. Becque et Cabrillac.
(60) V. c. com. 10 juin 1980 B. civ. IV. n° 252, RTDCom.1981.110, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; Paris, 3 janvier 1975, Banque 1975.321 ; 1er juil. 1983, G.P.21-22 oct. 1983, RTDCom. 1984.119, obs. Cabrillac et Teyssié ; 11 juil. 1986, Rev. dr. banc. 1987.52, obs. Credot et Gérard ; 16 oct. 1990, JCP.1990 ed. E.1.20493.
(61) La jurisprudence l'applique en matière de faux virement, v. Paris 3 janv. 1975, Banque 1975.321, obs. Martin, RTDCom. 1975.151, obs. Cabrillac et Rives-Lange. D.1975.745, note Vezian.
(62) Cabrillac et Teyssié, RTDCom. 1987.545, obs. sous c. com. 24 fév. 1987. La matière est entièrement soumise à l'arbitraire des juges dont les solutions sont souvent contradictoires, ce qui crée d'immenses incertitudes. V. Vasseur et Marin, op. cit., n° 302, p. 230. Comp., par ex., pour la nécessité de garder le chéquier sous clé, c. com. 10 juin 1980, B. civ. IV. n° 252 et 4 nov. 1976, JCP.1977.II.18750, note Stoufflet, RTDCom. 1977.366, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

Le problème demeure entier : qui doit supporter les conséquences du paiement du faux chèque ?

Afin d'éviter les insuffisances de la jurisprudence classique, la doctrine et la jurisprudence françaises modernes ont bâti, sur la base des mêmes textes que ceux en vigueur en Côte d'Ivoire, un système de responsabilité plus cohérent, fondé sur la théorie des risques, afin de ne pas se résigner à "choisir d'une façon arbitraire l'un ou l'autre" (63) des contractants ou, tout au moins, à opérer un partage de responsabilité entre les deux sur des bases aussi arbitraires qu'irrationnelles (64).

II - LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE

22 - Dès la fin du siècle dernier, un courant doctrinal initié par Thaller (65), distinguant entre le chèque faux dès l'origine et le chèque falsifié après coup, proposait la théorie des risques comme fondement de la responsabilité du paiement des faux chèques (66). Mais les choses, à vrai dire, n'étaient pas si claires à l'époque.

L'analyse juridique des rapports contractuels ainsi que des textes qui les régissent favorise la thèse doctrinale d'une présomption de responsabilité basée sur les risques contractuels. Aussi la cour de cassation l'a-t-elle adoptée sous l'empire des anciennes dispositions du code de commerce (67) et confirmée sous l'empire du décret-loi de 1935 (68). Cette prise de position a été suivie, il est vrai, par une période d'hésitation (69), voire de déclin (70). Mais la cour de cassation l'a reprise, sans ambiguïté d'une manière soutenue depuis 1978 (71), si bien qu'on peut affirmer qu'elle constitue, désormais, la solution de droit commun en la matière (72).

La présomption de responsabilité admise par la jurisprudence (73) procède d'une saine analyse des textes et des rapports contractuels des parties (A) et aboutit a une répartition équitable des risques contractuels entre les banquiers et leurs clients (B).

---

(63) Vasseur et Marin, op. cit., n° 303, p. 233.

(64) Pour un partage égalitaire : Tr. com. Marseille, 21 juin 1906, in Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 481 et s. Pour un partage inégalitaire au détriment de la banque, présumée en l'occurrence libérée : Paris, 23 nov. 1988, RTDCom.1989.276, obs. Cabrillac et Teyssié.

(65) V. Thaller, note au D.1896.II.401. Add. Lacour et Bouteron, op. cit. , n° 1457 bis ; Thaller et Percerou, Traité élémentaire, op. cit., n° 1654 ; Lyon-Caen et Renault, Traité, de droit commercial, t. IV, n° 589 ; Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1714 et ss. p. 171 et ss. ; Besson, op. cit.

(66) V. Bouteron, Le chèque (op. cit., p. 442 et ss.), qui fait une évaluation globale des risques de perte, de vol et de falsification. Comp. Esmein (note au S.1923.2.57) qui est partisan d'un partage équitable des risques sur la base de la faute commune. Add. Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 229, p. 330 et ss.; Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 323, p. 175 ; V., cependant, les critiques de ce système par Vezian qui le considère artificiel et injuste (op. cit., n° 135, p. 118), tout en y restant attaché (n° 136).

(67) V. c. civ. 20 avril 1939, G.P.1939.2.91, JCP.1939.II.1267 S.1939.I.209, note Rousseau.

(68) V. c. civ. 2 mars 1942, D.C.1942.57, G.P.1942.1.233, JCP.1942.II.1846.

(69) V. c. civ. 10 oct. 1956, Banque 1957.425, obs. Marin. Add. Paris, 10 dec. 1956, JCP.1957.II.9787.

(70) V. c. civ. 5 janv. 1957, précité. Add. Tr. civ. Seine, 4 avril 1957. Banque 1957.426, obs. Marin. Les auteurs l'ont, alors, considérée comme périmée, v. Vasseur et Marin, op. cit., n° 303. Rappr. Ripert et Roblot (op. cit., n° 2208) qui passent la distinction sous silence.

(71) C. com. 3 janv. 1978, B. civ. IV n° 3, D.1978.I.R.306, obs. Vasseur et 338, obs. Cabrillac, Banque 1978.398, obs. L. Martin, RTDCom. 1978.141, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; 24 fév. 1987, Banque 1987.624, obs. Rives-Lange, RTDCom.1987.545, obs. Cabrillac et Teyssié ; c. com. 13 déc. 1988 JCP.1989 ed.I.181990 ; 18 avril 1989, JCP.1989.IV.225. Les juridictions du fond adhèrent à cette analyse, v. Orléans, 12 juin 1979, G.P. 10 mars 1981 ; Toulouse, 11 sept. 1989, D.1991 som.32, comm. Vasseur (la solution est étendue à une lettre de crédit).

(72) V. Cabrillac, Le chèque et le virement, op. cit., n° 323 et ss., p. 175 et 55.; Enc. Dalloz, Chèques, n° 385 et ss. ; Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1714 et ss.; Galvada et Stoufflet, op. cit., n° 229, p. 330 et s.; Vezian, op. cit., n° 134 et ss., p. 115 et ss., notamment n° 136, p. 119. Add. Credot, La resp. du banquier, op. cit., p. 13.

(73) V., tout récemment encore, Paris, 21 juin 1991, Droit banc. et bourse, 1992, n° 29 ; 20 nov. 1990 et 6 nov. 1990, Rev. dr. banc. 1991, n° 24, obs. Credot et Gérard ; c. com. 24 fev. 1987, B. civ. IV, n° 48 ; 13 déc. 1988, JCP.1989, ed.E.I.1899. Ces arrêts ne distinguent pas, d'ailleurs, entre les faux chèques et les faux ordres de virement.

A - FONDEMENT DE LA PRÉSOMPTION DE RESPONSABILITÉ

23 - Dans ses relations avec le client, le banquier agit en sa double qualité de dépositaire et de mandataire (ou prestataire de services). En tant que dépositaire, il est tenu de restituer les fonds déposés et, en tant que mandataire, il est tenu d'exécuter immédiatement les ordres de paiement émis par le client. Les deux obligations sont liées, la seconde présuppose la première. La mauvaise exécution de ces deux obligations est couverte par les textes de deux présomptions contradictoires : la première pèse à la charge du banquier, la seconde joue en sa faveur. D'après les articles 1937 et 1147 du code civil, il est présumé responsable de la non restitution. En revanche, l'article 35 du décret-loi de 1935 et l'article 1239 du code civil établissent, en sa faveur, une présomption de libération (74). La contradiction entre les deux présomptions en paralyse le jeu respectif et favorise la tendance classique qui les écarte au profit de la recherche d'une faute positive.

Pourtant, la conciliation des textes est possible (a). Du reste, le support textuel peut être étayé par la nature du contrat qui lie les parties (b).

a) Les textes

24 - La solution jurisprudentielle résulte d'un raisonnement développé en deux temps et exprimé clairement par la formule de 1939 qui n'a pas varié depuis : "le banquier n'est pas libéré envers le client qui lui a confié des fonds quand il se défait de ces derniers sur présentation d'un pseudo-ordre de paiement revêtu, dès l'origine, de la fausse signature dudit client et n'ayant eu, par suite, à aucun moment, le caractère légal d'un chèque. En pareil cas, la perte résultant du paiement indu ne saurait être reportée à la charge du client tireur apparent qu'en réparation d'une faute imputable à ce dernier et en relation de cause à effet avec le préjudice subi par le banquier" (75).

25 - En effet, le banquier qui paie un faux chèque a tout intérêt à faire valoir la validité du paiement en vertu du principe général édicté aux articles 1239 et 1240 du code civil et, tout particulièrement, de la présomption de libération édictée en sa faveur à l'article 35 du décret-loi de 1935.

Cependant, le faux met obstacle à l'application de ces textes. D'une part, l'article 1239 ne considère le paiement valable que lorsqu'il est fait entre les mains du créancier ou de celui ayant pouvoir de lui. Or, seul le déposant a la qualité de créancier et le pouvoir de donner un ordre de paiement. La conception légale du chèque empêche de considérer un faux chèque comme un ordre de paiement valable et le faussaire comme ayant la qualité de créancier, ou tout au moins de créancier apparent, au sens de l'article 1240 du code civil. D'autre part, la jurisprudence n'autorise pas le banquier à se prévaloir de l'article 35 du décret-loi de 1935 selon lequel "celui qui paie un chèque sans opposition est présumé valablement libéré", car un faux chèque n'est pas un chèque au sens légal du terme. Il ne renferme pas un mandat de

(74) Avant la loi uniforme, la solution a été admise par par analogie à l'art. 145 code com. qui l'entérine en matière de lettre de change, v. Paris 13 janvier 1903, D.P.1904.2.23.

(75) C. civ. 20 avril 1939, précité. Add. c. com. 3 janv. 1978, précité, 18 avril 1989, précité ; 24 fév. 1987, B. civ. IV, n° 48, G.P. 20-22 sept. 1987, pan. 11, Banque 1987.624, obs. Rives-Lange ; 13 déc. 1988, JCP.1989 ed.E.I.18199. La solution est adoptée en matière de faux virement, v. Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 410 et s., p. 224 et ss., Vezian, op. cit., n° 148 et ss., p. 126 et ss., v. aussi Paris, 3 janv. 1975, Banque 1975.321, obs. Martin, D.1975.745, note Vezian, RTDCom 1975.151, obs. Cabrillac et Rives-Lange (précité). Add., récemment, Paris 21 juin 1991, Rev. dr. banc. 1992 n° 29, obs. Credot et Gérard.

paiement dont on puisse se prévaloir légalement. Le titulaire du compte n'ayant pas signé le chèque, il ne saurait être tenu de la dette qu'il représente. "Il serait contraire à tout bon sens qu'une personne se trouvât obligée sans son fait, sans sa participation" (76). La solution, du reste, est ancienne. Elle a été acquise sous l'empire de l'ancien article 145 du code de commerce dont les dispositions ont été reprises par l'article 35 du décret-loi de 1935. En effet, la conférence de Genève de 1931 a laissé la question du risque du paiement à l'appréciation des législations nationales. En outre, elle a été confirmée à l'article 65 dont la rédaction est due au décret-loi de 1938. En définitive, l'arrêt de 1939 "ne constitue pas un revirement de jurisprudence, il affirme et maintient un principe toujours applique et applicable" (77).

26 - L'exclusion de la présomption de libération du banquier mandataire laisse subsister celle qui pèse à sa charge en tant que dépositaire, en vertu de l'article 1937 du code civil. L'arrêt de la cour de Toulouse explicite, d'une manière remarquable, la position de la jurisprudence : "le banquier est dépositaire des fonds qu'il reçoit de ses clients et a l'obligation de les restituer... c'est une obligation de résultat... dont il s'acquitte soit en remettant les fonds au client qui fait un retrait soit en exécutant les ordres de paiement au profit des tiers, agissant ainsi en tant que mandataire... Il n'y a toutefois pas de mandat si l'ordre de paiement est un faux et, en application de l'article 1937 du code civil, faute de paiement valable, le banquier qui se dessaisit des fonds confiés sur la présentation d'un tel ordre reste tenu de les restituer même sans faute de sa part, sauf faute déterminante du client" (78).

27 - On ne peut être plus clair : la responsabilité du banquier dépositaire est présumée. Il ne s'agit pas d'une simple présomption de faute, au sens de l'article 1147, puisque l'absence de faute de sa part ne la fait pas tomber. La preuve de la force majeure ne lui est d'aucun secours. Alors même que tous les fonds en banque auraient été confisqués ou détruits par fait de guerre, le banquier n'en resterait pas moins débiteur (79). "Les cas fortuits sont à sa charge" (80), au mépris de l'article 1929 du code civil.

Cependant, cette présomption n'est pas irréfragable. Elle suppose l'absence de faute du tireur dans la création du titre. Une telle faute est présumée dans le cas ou le tireur signe le chèque, falsifié avant d'arriver au banquier. Le chèque faux revêtu de la signature authentique du tireur fait jouer la présomption de libération en faveur du banquier et renverse la présomption de responsabilité qui pèse sur ce dernier.

b) Le lien contractuel

28 - La force des présomptions de responsabilité en présence, qui résistent à la force majeure, s'explique par la nature du contrat qui lie le banquier au client.

Suivant la doctrine classique, les rapports du banquier avec son client résultent du contrat de dépôt de fonds en banque, dont la nature a toujours été controversée

(76) Thaller, note précitée ; v. aussi Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 453.
(77) Besson, op. cit. ; v. aussi Vezian, op. cit., n° 134 et ss., p. 116 et ss.
(78) Toulouse, 11 sept. 1989, précité. v. aussi, Paris, 24 sept. 1985, G.P.17-18 janv. 1986.9. ; 3 janv. 1975 (précité), RTDCom. 1975.151, Obs. Cabrillac et Rives-Lange, selon ces auteurs, dans les rapports banquier-client, il ne faut pas raisonner en termes de responsabilité mais en termes d'exécution d'obligations contractuelles ; Rives-Lange et Contamine-Raynaud abondent dans le même sens lorsqu'ils affirment que "le banquier n'est pas responsable du mauvais paiement ; à proprement parler, il n'est pas libéré de son obligation de dépositaire, ce qui est différent" (op. cit. 402, note 1).
(79) V. Req. 25 fev. 1929, D.H.1929.161 ; 11 juin 1929, S.1929.1.372 ; Ripert et Roblot, op. cit., n° 2369 p. 365.
(80) Lacour et Bouteron, op. cit. n° 1457 bis, p. 216.

du fait qu'aucun texte spécial n'en réglemente la physionomie (81). Les auteurs se sont tournés, tout naturellement, vers le droit commun et vers les usages bancaires, pour préciser les règles applicables à ce contrat et en déterminer la nature (82).

29 - La thèse traditionnelle, qui remonte à l'Ancien Droit, voit dans ce contrat un dépôt irrégulier dont la réglementation résulte des usages et de la liberté contractuelle (83). Cette qualification explique pourquoi il n'est pas soumis à toutes les règles du code civil relatives au dépôt. Notamment, le banquier n'est tenu de restituer qu'une chose de genre et peut se servir des sommes déposées sans risquer d'être poursuivi, à ce titre, pour abus de confiance (84).

30 - Mais, d'autres auteurs ont fait observer que le dépôt irrégulier n'étant pas réglementé, "il n'y a pas grand intérêt pratique à donner au dépôt en banque un tel caractère" (85). Ils soutiennent qu'il s'agit, bel et bien, d'un dépôt, parce que c'est là le but économique poursuivi par les parties. Le client veut se décharger de la garde des fonds et la banque veut s'en charger, et, comme il s'agit de fonds que l'usage ne détériore pas, la restitution à l'identique est sans intérêt (86). Mais, on peut objecter que l'utilisation des fonds par le banquier s'accorde mal avec le contrat de dépôt, qui lui confère la garde des fonds principalement, en vertu de l'article 1917 du code civil, à titre gratuit (87). Quoiqu'il en soit, le contrat de dépôt irrégulier explique comment la banque peut se servir des fonds qui entrent pratiquement dans sa propriété (88).

31 - Une autre fraction de la doctrine voit, dans ce contrat, un contrat de prêt à consommation (89). Cette qualification explique pourquoi le banquier peut utiliser les fonds devenus sa propriété. Les partisans de cette thèse rejettent la double objection tirée de la nécessité de l'allocation d'intérêts et du délai pour le remboursement, en soutenant que le client trouve un intérêt certain dans la sécurité et que la banque peut renoncer au délai (90).

32 - Une dernière fraction de la doctrine considère qu'il s'agit d'un contrat innomé, régi par les usages et les stipulations contractuelles (91).

---

(81) L'art. 2 de la loi du 24 janv. 1984, a l'instar de l'art. 4 de la loi du 13 juil. 1941 (seul à régir la matière en droit ivoirien), se contente de déterminer (d'une manère différente, d'ailleurs) les fonds qu'on peut déposer à la banque.

(82) V. Cabrillac et Rives-Lange, Enc. op. cit., n° 7. "Ce contrat n'a souvent de dépôt que le nom" disaient Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cit., n° 1243, p. 811. Cela pourrait s'expliquer par la distance qui sépare la conception traditionnelle des juristes qui y voient "le contrat par lequel un client remet une certaine somme d'argent à un banquier qui s'engage à le lui restituer à sa demande", et la conception économiste, plus large, qui est celle des clients pour lesquels "le dépôt se ramène à la libre disposition d'un avoir dans les livres en banque ; peu importe le processus de constitution de cet avoir" (Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 260, p. 349 et ss.).

(83) Cette thèse remonte à Dumoulin et Pothier, cf. Ripert et Roblot, op. cit., t. 2, n° 2361 p. 302. Elle semble être celle de M. Cabrillac, v. Virement, J.-Cl. n° 98.

(84) V. Gavalda et Stoufflet, Droit de banque, op. cit., n° 417, p. 549 ; Cabrillac et Rives-Lange, Enc. op. cti., n° 33. Contra, Ripert et Roblot, ibid.

(85) Ripert et Roblot, ibid.

(86) Ripert et Roblot, ibid.

(87) Ripert et Roblot, op. cit., n° 2368, p. 364.

(88) V. Escarra et Rault, op. cit., p. 254.

(89) V. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1640. Add. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cit., n° 1243, p. 811 ; Wahl, Précis de droit commercial, n- 1740. Rappr. Lacour et Bouteron, op. cit., n° 1409, p. 163, qui penchent, semble-t-il, pour le prêt.

(90) V. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1640. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière (op. cit., p. 811, note 2) appuient ce raisonnement sur l'art. 4 de la loi du 13 juil. 1941 qui donne à la banque le droit de disposer des fonds pour son activité propre, tout en l'obligeant à assurer aux clients les services de caisse.

(91) V. Escarra et Rault, Principes de droit commercial, 1936 t. VI. Néanmoins, la position de ces auteurs n'est pas claire. Désabusés, semble-t-il, par "les controverses doctrinales et les décisions contradictoires de la jurisprudence", ils ont vu dans ce contrat "une institution originale" du droit commercial qui brise "les cadres étroits et souvent désuets du droit civil" (n° 425, p. 256). Mais, en fin

33 - Mais la doctrine contemporaine, quant à elle, se désintéresse totalement du débat (92).

34 - Pourtant, la solution de la question qui nous occupe dépend de la qualification des rapports contractuels des parties. Ramener ces rapports à l'opération de dépôt de fonds ou à celle de mandat de paiement de chèque dérive d'un esprit de simplification des techniques bancaires qui les dénature (93).

Certes, l'opération de dépôt de fonds et l'engagement du banquier à payer, rapidement, les mandats de paiement émis par le client, après en avoir vérifié la régularité et la signature, constituent l'essence du "service de caisse" que celui-ci offre à son client. Mais, ce service intervient dans le cadre d'une "convention de compte" (94) qui implique un "engagement réciproque des deux contractants" (95). Cet engagement est préalable à l'ouverture du compte et au service de caisse (96). Il en découle que toute opération "par caisse" (telle que le paiement d'un chèque) se transforme, nécessairement, en une opération "par compte" dans les rapports des parties (97). C'est le fondement et le résultat de l'opération qui comptent. Il nous semble, donc, inopportun d'isoler certaines opérations du contexte contractuel des parties pour y voir des contrats distincts (98). Ainsi, la remise du chéquier au client ne forme pas un "contrat de chèque" qui engendre des obligations réciproques à l'égard des parties (99) pas plus que le chèque ne constitue un contrat de mandat (100), tacite ou non, salarié ou non (101). Le dépôt des fonds et le paiement des

---

de compte, ils le ramènent au "droit commun des obligations" (n° 429, p. 261) pour constater que "la notion de prêt, judicieusement appliquée, et avec de nombreux correctifs (...) constituerait une base satisfaisante à la responsabilite" (n° 433, p. 264).

(92) V. Cabrillac et Rives-Lange, Dépôt et compte en banque, Enc. op. cit., n° 10 ; Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 200, p. 350. Ces auteurs penchent, cependant, pour la thèse du dépôt. Add. Vezian, n° 83, p. 82.

(93) V., sur la technicité et la complexité des contrats bancaires, Stoufflet, Le particularisme des contrats bancaires Mélanges Jauffret, p. 635 et ss.

(94) V. Stoufflet, Comptes ordinaires de dépôt, J.-Cl. Banque et crédit, n° 3. Pour Rives-Lange et Contamine-Raynaud (op. cit., n° 250, p. 341), le dépôt "est une convention de règlement des créances", le service de caisse est annexe au contrat. Comp. Cabrillac et Rives-Lange, Enc. op. cit., n° 47 qui voient dans le service de caisse une obligation annexe au dépôt ; Hamel, Lagarde et Jauffret (op. cit., n° 1221), pour qui "le compte courant, à la différence du compte ordinaire est un contrat" ; v., dans le même sens, Escarra et Rault, op. cit., n° 308, p. 178. Pourtant, cette distinction, injustifiée naguère en droit (Hamel, Opérations de banque, n° 355), "n'a plus tellement de raison d'être... sauf exception expressément prévue par les parties" Belot, Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire, Rev. jurisp. com. 1985, p. 41 et ss., notamment n° 3.

(95) Capitant, Le chèque à fausse signature, Gaz. Dalloz, 1923, p. II7.

(96) V. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 178, p. 228.

(97) Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 177, p. 226 et ss.

(98) Pourtant, cette thèse était soutenue par d'éminents auteurs. Ainsi, d'après Escarra et Rault, "le compte de dépôt, qui s'ouvre, en général, par une remise de fonds, peut donner lieu à des opérations diverses, constituant autant de mandats ou contrats de commission donnés à la banque... conservant leur caractère et leur individualité et qui peuvent donner lieu à des actions distinctes" op. cit., n° 308, p. 178. Add. Ref. citées notes n° 9, 98 et 99.

(99) Cette thèse a été soutenue par Bouteron (Le chèque, op. cit., p. 453) et Hugounenq (op. cit., p. 14). Elle a été consacrée par un jugement du Tr. civ. de la Seine du 29 mars 1924 "Il est de principe que la délivrance par le banquier, d'un carnet de chèques, constitue, entre le banquier et son client, un véritable contrat par lequel le premier s'engage à payer les chèques signés par le client, alors que ce dernier s'oblige à veiller avec soin à la conservation du carnet et à prévenir le banquier en cas de perte ou de soustraction", cité par Bouteron, ibid. en note. L'auteur en déduit qu'il s'agit d'un véritable contrat synallagmatique dont le fonctionnement est réglé par la loi du 14 juin 1865.

(100) On sait que c'est la qualification qui a prévalu, après de longs débats de la doctrine classique où les thèses de cession de créance, de délégation, de stipulation pour autrui et de simple indication de paiement ont été, également, soutenues. v., sur ces débats, Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 138 et ss. L'auteur finit par se demander si le chèque possède une nature juridique propre autre que celle d'indication de paiement, au sens de l'art. 1277 c. civ.. Cette thèse nous semble pleinement satisfaisante et ne paraît pas contredite par la doctrine moderne qui ne pose plus que la question de savoir si le chèque est un effet de commerce (v. Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 175.3, p. 247 ; Cabrillac, Le

chèques ne forment pas des contrats bancaires. Ils sont l'exécution du contrat de compte de chèques. Inconnu du droit commun des contrats, ce contrat est entièrement soumis, comme tous les contrats bancaires, aux usages bancaires et aux stipulations contractuelles (102). Il fait naître, à la charge de chacune des parties, des obligations réciproques. Il s'agit bien d'un contrat synallagmatique et non pas de la juxtaposition de contrats unilatéraux. La remise des fonds est un moyen qui permet au client de faire fonctionner son compte. La remise du chéquier et le paiement des chèques sont des moyens qui permettent au banquier d'exécuter son obligation de restitution : le chèque incorpore la créance fondamentale du tireur contre le tiré. Il y reste attaché suivant la conception causale des effets de commerce qui prévaut en droit français.

35 - Chacune des parties est tenue de deux obligations principales : une obligation de moyen (la garde et la conservation de la chose déposée entre ses mains) et une obligation de résultat (la restitution de la chose déposée). Le banquier a la garde et la surveillance des fonds et doit les restituer. Le client, de son côté, a la garde et l'obligation de restituer le chéquier qui lui a été remis par le banquier, conformément au contrat.

Dans l'exécution de ses obligations principales, chaque partie doit veiller, au mieux, aux intérêts et surtout à la sécurité du patrimoine de l'autre partie. Pour ce faire, les usages lui imposent toute une série d'obligations accessoires qu'elle est tenue de respecter, conformément à l'article 1135 du code civil.

Ainsi, le banquier est tenu, d'un côté, d'exécuter rapidement les ordres de paiement émis par le client en s'interdisant de s'immiscer dans la gestion de ses affaires et, d'un autre côté, de vérifier l'authenticité de la signature du client et la régularité de l'ordre de paiement (ou du chèque) (103).

De son côté, le client est tenu, d'une part, de ne pas mettre en circulation des chèques en blanc ou faciles à subtiliser et, d'autre part, d'informer le banquier de tout événement susceptible de lui nuire (notamment en faisant opposition pour cause de perte ou de vol) (104).

36 - Il résulte, de cette analyse des obligations contractuelles des parties, qu'on est en présence d'un contrat synallagmatique intéressé : chaque partie y trouve d'innombrables intérêts pécuniaires. L'activité bancaire, étant commerciale par nature, répugne à la gratuité des services. Pour le banquier, ce contrat de dépôt est une source essentielle des fonds nécessaires au fonctionnement du service de crédit (105). Le client profite, à son tour, de la sécurité et des services annexes que le banquier lui fournit (106) et, éventuellement, d'intérêts rémunérateurs de son compte

chèque, op. cit., n° 9 et s., p. 5 et s.) ou un titre bancaire dont le régime est apparenté à celui des effets de commerce (v. Jeantin, op. cit., n° 10, p. 20 ; rapp. Mestre, Manuel... op. cit., n° 833, p. 542).

(101) Conf. Lenoir, op. cit., p. 54 et ss. ; Hugounenq, op. cit., p. 6 et ss.

(102) V. Stoufflet, Comptes bancaires... op. cit., n° 3.

(103) V. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 261, p. 351 et ss. et n° 288, p. 400 et ss. ; Cabrillac, Dépôt et compte en banque, op. cit., n° 31 et ss., Le chèque, op. cit., n° 227 et ss., p. 123 et ss. ; Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 402 et ss. ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., 325 et ss. ; Jeantin, op. cit., n° 90 et ss., p. 44 et s. ; Vezian, op. cit., n° 83 et ss., p. 81 et ss. Sur les devoirs généraux du banquier (discrétion, secret et prudence), v. Stoufflet, Particularisme, op. cit., p. 644 et ss. Add. Gavalda et Stoufflet, Droit de crédit, t.1 , Institutions, n° 563 et p. 377 et ss. ; Rives-Lange et Contamine-Raunaud, op. cit. n° 168 et ss., p. 207 et ss. Vezian, op. cit., n° 67 et ss., p. 63 et ss.

(104) V. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 281, p. 387 et s. ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 228, p. 328 ; Besson, op. cit. v. aussi, Lacour et Bouteron, op. cit., n° 1457 ; Bouteron, Le chèque, op. cit., n° 454 et s. ; Hugounenq, op. cit., p. 77 et 136.

(105) V. Escarra et Rault, op. cit., n° 306 et ss.

(106) V. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1640, p. 74.

(107). Chacune des parties est tenue d'exécuter ses obligations en préservant la sécurité du patrimoine de l'autre.

B - RÉPARTITION DES RISQUES

37 - Le contrat de compte de chèques, entendu dans ce sens, engendre des risques que la jurisprudence répartit entre les contractants (108), suivant que le mauvais paiement porte sur un chèque faux dès l'origine (a) ou sur un chèque falsifié après l'émission (b).

a) Le chèque faux dès l'origine

38 - Dans ce cas, la jurisprudence tient le banquier pour responsable des fonds encaissés par le faussaire, sur la base des risques qu'il a accepté d'assumer en s'engageant, d'une part, à restituer les fonds déposés et, d'autre part à remettre au client, après avoir procédé aux vérifications d'usage, un chéquier qui lui permet de gérer son compte et de se faire restituer les fonds.

Ainsi, les risques de la fausse exécution ou de l'inexécution de l'obligation de restitution des fonds, pour une cause étrangère à la volonté des cocontractants, devraient être assumés par le banquier, débiteur de cette obligation, en vertu de l'adage "res perit debitori" (109). La solution, générale, est parfaitement équitable. Elle vient d'être réaffirmée avec éclat par la cour de cassation : "Seule une faute commise par le déposant des fonds et ayant trompé le dépositaire sur l'authenticité d'un ordre de paiement qu'il a exécuté, peut dégager celui-ci de son obligation de restitution" (110). Elle repose sur deux considérations particulières au contrat de compte de chèques (111).

39 - D'une part, elle est conforme aux usages bancaires, supplétifs de la volonté des parties, qui considèrent ces risques comme inhérents à l'exercice normal du commerce de banque (112). Les risques sont si fréquents, dans l'exercice de cette profession, que les usages les considèrent acceptés d'avance par le banquier.

D'autre part, les usages professionnels sont renforcés par les stipulations contractuelles, qui prennent normalement ces risques en considération lors de l'ouverture du compte. Le contrat bancaire, comme tout contrat, comporte un mécanisme de répartition des risques susceptibles de survenir lors de l'exécution des obligations des parties. Dans le silence de celles-ci, la répartition est faite conformément aux règles supplétives de source législative ou coutumière (113).

---

(107) On s'achemine inéluctablement, avec l'avènement du marché financier commun, vers le principe de rémunération des compte bancaires, à l'instar des autres pays européens, v. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n ° 141, p. 250, en note.

(108) V. Lyon-Caen et Renault, Traité, op. cit., t. IV, n° 589 ; Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 230, p. 331 ; Cabrillac, Le chèque, op. cit, n° 323 et ss., p. 175 et ss. Vezian, op. cit., n°1 34 et ss. ; p. 115 et ss. Bouteron, Le chèque (op. cit., p. 442 et ss.) construit tout le système de responsabilité que déclenche le mauvais paiement sur cette base, que le chèque soit perdu, volé, détourné ou falsifié.

(109) La règle a été induite des art. 1722 code civ., relatif au bail et 1790 code civ. relatif au contrat d'entreprise, et généralisée aux contrats tels que le contrat de dépôt. V. Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1108 et ss., p. 1170 et ss. Add. Starck, op. cit., n° 1662 et ss. , p. 677 et ss. ; Weil et Terré, op. cit., n° 497. C'est la solution du droit commun, conforme à l'équité, puisqu'elle est universellement admise, v. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cit., n° 146, p. 107.

(110) C. com. 28 janv. 1992, D.1992.I.R.81.

(111) On remarquera que la qualification de dépôt irrégulier ou de prêt à consommation engendre, à la charge du banquier, des risques équivalents attachés à sa qualité de propriétaire et non de débiteur des fonds. V. Baudry Lacantinerie, Droit civil, Paris 1889, t. 2, n° 822, p. 493 et n° 861, p. 517. V. aussi, Escarra et Rault, op. cit., p. 254. Le tr. 1ère Inst. d'Abidjan a admis cette règle dans son jugement du 13 déc. 1973, précité.

(112) V. Hamel, Jauffret et Lagarde, op. cit., n° 1715, p. 772 et les références ; v. aussi, Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 187 et s.

(113) Conformément à l'art. 1135 code civ.

Par ailleurs, la mauvaise exécution de la seconde obligation crée des risques que le banquier assume en vertu de l'adage "res perit domino" (114). Celui qui a le commodum de la chose, doit en avoir aussi le periculum (115). En effet, les formules de chèque délivrées gratuitement et volontairement au client par le banquier demeurent la propriété de ce dernier qui peut en demander la restitution à tout moment (116). Il en est de même des fonds déposés, qui entrent dans sa propriété quelle que soit la qualification du contrat (117). Avant toute réception régulière du chéquier par le client, les risques d'altération des formules de chèque, et partant de la spoliation des fonds, restent au banquier, propriétaire (et gardien) et du chéquier et des fonds.

40 - Le tribunal de 1ère Instance d'Abidjan, se fondant sur le fait que le client n'avait jamais demandé le carnet de chèques remis au faussaire, a considéré, dans son jugement du 13 décembre 1973 (précité), que le banquier "doit supporter les risques de spoliation auxquels sont sujets les fonds déposés, ceux-ci étant devenus sa propriété". Mais, il faut s'empresser de formuler deux observations. La première est que ce même tribunal, invité par l'une des parties à confirmer sa jurisprudence, lors du procès jugé le 4 décembre 1985, a refusé de le faire. La seconde est que la cour d'appel et la cour suprême ont refusé de suivre ce raisonnement dans une affaire où il s'agissait d'une fausse signature à l'origine de la remise du chèque (118).

41 - Toutefois, la présomption de responsabilité fondée sur les risques contractuels n'est ni irréfragable ni d'ordre public (119). Il en résulte, d'une part, que le banquier peut en écarter l'application, totalement ou partiellement, en apportant la preuve d'une faute du tireur à l'origine du faux chèque. Cette solution est expressément énoncée par les arrêts consacrant la présomption de responsabilité du tiré (120). La faute du tireur peut consister dans le fait de ne pas avoir averti le banquier du vol du chèque (121), d'avoir mal surveillé son carnet (122) ou encore d'avoir eu une confiance aveugle dans son employé (123). D'autre part, une doctrine et une jurisprudence unanimes admettent la validité des clauses de non responsabilité qui accompagnent la remise des chéquiers aux clients (124). L'effet de telles clauses

(114) C'est une exception à la règle générale. énoncée à l'art. 1138 code civ. et reprise à l'art. 100 code com. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, op. cit., n° 145 et s., p. 106 et ss. Add. Mazeaud et Chabas, op. cit n° 1116 et ss., p. 1172 et ss.
(115) V. Starck, op. cit., n° 1667, p. 679. Comp, Baudry Lacantinerie, op. cit., n° 883, p. 617.
(116) La règle résulte de l'art. 65-1 du D-L de 1935. v. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 278, p. 379. La banque peut, sauf engagement contractuel, refuser de délivrer un chéquier à un client (V. Paris, 21 fév. 1977, D. 1977.657, note Gavalda, RTDCom. 1977.747, obs. Cabrillac et Rives-Lange) Add. Mestre, Manuel..., op. cit., n° 838, p. 545 et s. Cette faculté aggrave sa responsabilité en cas de mise en circulation de formules non demandées ni reçues par son cocontractant et la fonde sur la théorie du risque créé. Comp. art. ler de la loi du ler fév. 1943. Add. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1687 ; Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 13 et s.
(117) V. Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 324, p. 176, J.-Cl. Banque et crédit, Virement, n° 98, note au JCP.1949.II.4716 ; Gavalda, note au JCP. 1968.II.15577. Add. Paris, 3 janvier 1975 (précité), Banque 1975.325, obs. Martin, RTDCom. 1975.151, obs. Cabrillac et Rives-Lange, D.1975.743, obs. Vezian ; Toulouse, 11 sept. 1989, D.1991.32, obs. Vasseur. Contra, c. com. 5 déc. 1989, Banque 1990.510, obs. Rives-Lange ; Douai, 28 juin 1990 et Versailles 7 décembre 1990, D.1992.25, obs. Vasseur, qui estime que les deux arrêts se sont placés sur le terrain de la responsabilité délictuelle.
(118) Il s'agit des arrêts, CAA, 28 fév. 1985 (n° 85) et c. sup. 7 mai 1976, précités.
(119) V. Starck, op. cit., n° 1675, p. 686 ; Add. Mazeau et Chabas, op. cit., n° 1114, p. 1172 ; Colin, Capitant et Juillot de la Morandière, op. cit., n° 145, p. 108 ; Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1715.
(120) V. les arrêts cités supra notes 66, 67, 70, 71 et 72.
(121) Paris, 7 juil. 1919, in Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 473.
(122) Tr. com. Seine, 8 avril 1919 et 7 juin 1864 cités in Bouteron, Le chèque op. cit., p. 475.
(123) Bordeaux, ler fev. 1904 et Tr. com. Moulins, 12 dec. 1922, cités in Bouteron, op. cit. pp. 474 et 475.
(124) V.c. com. 5 janv. 1957, précité et obs. Marin ; Paris, 2 janv. 1928, G.P.1931.2.587. Add. Gavalda et Stoufflet, Droit de banque, op. cit., n° 343 ; Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 330, p. 179 ; Vezian, op.

se limite, cependant, au renversement de la présomption de responsabilité qui pèse sur le banquier en transférant les risques au client (125). Celui-ci devra prouver, alors, la faute lourde du banquier pour pouvoir engager sa responsabilité (126), sinon, il assumera seul les risques, même en cas de faute légère du banquier (127).

La solution se justifierait également, si l'on se plaçait sur le terrain extracontractuel par le risque objectif créé par la délivrance du chéquier au faussaire et le risque corollaire au profit que le banquier tire des fruits et de la plus-value des fonds déposés (128).

b) Le chèque falsifié après l'émission.

42 - Le chèque falsifié est un chèque régulièrement émis et signé par le tireur mais dont les mentions, notamment, le nom du bénéficiaire, le montant ou la date, ont été modifiées a l'insu et contre la volonté du tireur (129). Soit que ces mentions, laissées en blanc, aient été frauduleusement complétées par le faussaire, soient qu'elles aient été lavées et changées (130). C'est bien le véritable titulaire du compte qui a créé et mis en circulation le chèque. Celui-ci renferme un véritable mandat de paiement : c'est un chèque au sens légal du terme (131).

Ainsi, les rapports des parties changent de terrain. Placés, jusqu'alors, sur le terrain de l'obligation de restitution des fonds, qui impose au banquier une obligation de résultat, les rapports des parties se situeront, désormais, sur celui de l'obligation de paiement des chèques émis par le client, qui n'engendre à la charge du banquier qu'une obligation de moyen. Ayant exécuté son obligation en bonne et due forme, le banquier bénéficie de la présomption de libération qu'édicte en sa faveur l'article 35 du décret-loi de 1935 et, accessoirement, l'article 1239 du code civil (132).

Mais il ne s'agit que d'une présomption simple. Le banquier n'est pas dispensé d'apporter a l'exécution du mandat de paiement, que constitue le chèque,

---

cit. n° 133, p. 115 ; Thaller et Percerou, Traité elémentaire, 1922, n° 1654 ; Hugounenq, op. cit., p. 70 et ss. ; Lenoir, op. cit., p. 389 et ss. ; Bouteron, Le chèque, op. cit.p. 469 et ss. Cependant, certains arrêts anciens n'ont pas admis la validité de cette clause (Tr. com. Lyon 26 janv 1899, Paris ler fev. 1923 cités in Bouteron, Le chèque, op. cit. p. 502) ou l'ont limitée aux cas ou le tireur avait eu la possibilité de prévenir le banquier en temps utile (Bordeaux 14 déc 1887 in Bouteron, ibid.). De telles clauses sont fréquentes en Cote d'Ivoire, cf. CAA 28 juin 1974 (n° 356), obs. P.Veaux-Fournerie, op. cit.

(125) V.Lacour et Bouteron, op. oit., n° 1457 ter, p. 217 ; Hugounenq, op. cit., p. 25 ; H. Mazeaud, RTDCiv. 1929.665. Cabrillac, Le chèque, op. cit. ,n° 330, p. 179 ; Gavalda et Stoufflet, ibid.

(126) V. Hamel et Lagarde, op. cit., n° 1715, p. 773 ; Cabrillac, Le chèque, op. cit., n° 330, p. 179 ; Besson, op. cit. , n° 6 ; Vasseur et Marin, op. cit., n° 305, p. 234 ; Thaller et Percerou, op. cit., n° 1654. Add. Req. 26 oct. 1898, S.1899.1.274 ; D.1898.1.560 ; Paris, 8 avril 1927, D.H.1927.374 ; Rouen, 16 janv. 1948, D.1948.197, Banque, 1948.524, RTDCom.1948.468, obs. Houin ; Paris, 15 juin 1959, JCP.1960.II.11394, RTDCom. 1960.124, obs. Becque et Cabrillac. v. aussi, la jurisprudence analysee par Bouteron, Le ch~que, op. cit., p. 499 et ss., notamment~ Tr. com. Seine 11 janv. 1870

(127) V. Tr.com. Seine,20 nov. 1957, G.P.1958.199, RTDCom.1958.128, obs. Becque et Cabrillac; 8 mai 1951, Banque, 1951.498. Lenoir, op. cit;, p. 41. Faut-il encore que la elause puisse lui être opposable. Comp. Tr. com. Seine, 7 oct. 1965, Jour. agreés. 1966.106.

(128) On rappellera que la jurisprudence qui fait assumer au tiré les risques d'émission de chèques sans provision en cas de delivrance de chéquiers trop nombreux à son client, est toujours incertaine, v. Pau 11 mai 1987, JCP.1987.Ed.E.16816, RTDCom.1988.95, obs. Cabrillacet Teyssié. Comp. c.com. 17 janv. 1968, JCP.1969.II.15839, note Stoufflet, RTDCom. 1968.740 Les auteurs sont, également, partagés. Certains sont hostiles à cette jurisprudence, parce que contraire au devoir de non-ingérence (Cabrillac et Teyssié, obs. précitees ; Vasseur et Marin, Le chèque, op. cit;, n° 118.), d'autres, se fondant sur l'art. 1382 du code civ. lui sont favorables (v. Vezian, op. cit. n° 93 et ss. ; Rives Lange et Contamine-Raynaud, op. cit., n° 280, p. 286)

(129) V. Besson, op. cit. , n° 5 ; Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 451 et s5. v. aussi, Aix-en-Provence, 18 mars 1985, Bull. Aix 1985.2.70 ; c. crim. 6 mai 1964, B. crim. n° 150. Add. les références citées note (36).

(130) Comp. tr.com. Marseille, 13 déc. 1977, G.P.1978.2.som.456 et Aix-en-Provence, 25 nov. 1979, D.1980.I.R.434, obs. Cabrillac.

(131) V. Besson, ibid. Add. Gavalda et Stoufflet, op. cit., n° 229, p. 330.

(132) V. Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., n° 1716 ; Vezian, op. cit., n° 134, p. 118 et s. Add. c. civ. 2 mars 1952, G.P.1952.I.223.

tous les soins qu'un bon père de famille est susceptible de lui apporter. Il reste tenu de procéder aux contrôles et aux vérifications de sécurité du titre et de l'identité du bénéficiaire (133) : l'effet principal de la présomption de libération se limite a la destruction de la présomption de responsabilité qui pèse à sa charge par l'effet de l'obligation de restitution des fonds.

43 - Par le jeu de la présomption de l'article 35, les parties seront placées sur le terrain de la responsabilité du titulaire du compte . Le tireur, qui demande la restitution du montant du chèque falsifié ou l'annulation de l'inscription de ce montant au débit de son compte, est tenu d'apporter la preuve de la faute du banquier dans l'exécution de son obligation de diligence lors du paiement du chèque falsifié (134). S'il échoue dans cette tâche, il assumera seul les conséquences du mauvais paiement.

44 - La solution est équitable et se justifie par le recours au double mécanisme contractuel et délictuel de la responsabilité civile. En effet, en vertu de la convention qui le lie au banquier, le titulaire du compte de chèques est débiteur des obligations de garde et de restitution du chéquier à la demande du banquier et de celle d'assurer la sécurité du patrimoine de celui-ci dans son utilisation du chèque comme moyen de transport d'argent. Il faut en convenir, "le carnet de chèques est un instrument dangereux" (135) de transport d'argent car il crée des risques d'insécurité. Le législateur et les usages mettent ces risques à la charge du client, censé les avoir acceptés à l'avance en demandant la remise des formules de chèques et en mettant en circulation un chèque en blanc ou facile a subtiliser (136). La théorie des risques est confortée par le jeu du risque objectif (risque-créé ou risque-profit). L'usage du chèque comme moyen de transport d'argent est une commodité et une source de risques que le client doit assumer. De surcroît, dans la plupart des cas, c'est un préposé, généralement un comptable malhonnête, qui falsifie les chèques émis par son commettant, titulaire du compte. Les risques des dommages causés par l'activité du préposé, qui profite au commettant, sont assumés par ce dernier en vertu de la présomption de responsabilité de l'article 1384 (137).

45 - Ainsi, la théorie des risques contractuels offre des bases solides aussi bien à la responsabilité du banquier qu'à celle du tireur. La faute joue un rôle secondaire destiné à déterminer, non pas le fondement mais l'étendue de la responsabilité. La faute de l'une des parties exonère, totalement ou partiellement, l'autre partie de sa responsabilité présumée du paiement du chèque faux ou falsifié. C'est le sens de la jurisprudence de la cour de cassation et la ligne directrice qu'elle entend imposer aux juridictions du fond, en la matière.

Cette analyse a l'avantage d'être cohérente, en conformité avec les textes et facile a mettre en oeuvre, sans pour autant négliger le rôle de la faute dans la construction de la responsabilité contractuelle. Aussi espérons-nous qu'elle sera généralisée par la jurisprudence française et admise par la jurisprudence ivoirienne comme mécanisme principal de la responsabilité civile du paiement des faux chèques.

---

(133) On insistera utilement, ici, sur le fait que le banquier n'est pas tenu de vérifier l'authenticité des endossements. Or, le faux endos constitue le cas de figure de la falsification après l'émission, cf. Tr. com. 16 mai 1956 G.P.1956.I.227 ; c. civ. 5 mars 1974, B.civ.II. n° 130, précité ; c. com. 30 oct. 1984, RTDCom. 1985.539, précité. v. aussi, la jurisprudence citée par Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 465 et ss., notamment, Tr. civ. Seine ler juil. 1907, 23 fev. 1906 et Paris 13 juin 1903.

(134) V. Cabrillac, op. cit., n° 323, p. 175 ; Vezian, ibid. ; Hamel, Lagarde et Jauffret, ibid. ~dd. Paris, 2 janvier 1928, G.P.1928..687 ; Tr. com. Seine 30 mars 1912, in Bouteron, Le chèque, op. cit., p. 471.

(135) Cabrillac J.-Cl., Chèques, op. cit., n° 24. Add. Lenoir, op. cit., p. 67.

(136) V. Lyon, 22 mai 1974 et Orléans, 12 juin 1979, G.P.10 mai 1981, cités par Gavalda et Stoufflet, Effets de commerce, op. cit., n° 230, p. 331. Add. Besson, ibid.

(137) Comp. c. civ. 5 janv. 1957, ptécité et v. supra, n° 18 et les références citées note (43).

UN RÉFORMATEUR MÉCONNU DES FINANCES PUBLIQUES AU XVIIIème SIÈCLE : LE MARQUIS D'ARGENSON

Par

Éric GASPARINI
A.T.E.R. à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Docteur en Droit

Au XVIIIème siècle, la montée de l'absolutisme, qui implique l'accroissement du rôle de l'État et l'augmentation des dépenses publiques, fait de la fiscalité un élément important du régime monarchique. Or le système fiscal de l'Ancien régime, tant en ce qui concerne les impôts directs que les impôts indirects, se présente dans ses lignes générales comme "archaïque, hétéroclite et confus" (1). Il allie l'arbitraire (2) à l'inégalité (3). Il suscite par là-même le mécontentement latent ou exprès des contribuables (4) dont les cahiers de doléances des États généraux de 1789 se feront les interprètes en le condamnant (5) et en demandant la simplification des impôts directs, la suppression des impôts indirects, l'égalité fiscale, la démocratisation de la perception des impositions et la mise en place d'un budget public annuel rationnel (6). Les vices du système de l'Ancien régime sont par

(1) F. Burdeau, *Histoire de l'administration française : du 18ème au 20ème siècle*, Paris, Montchrestien, 1989, pp. 36-37 ; P. Sueur, *Histoire du Droit public français*, tome II, Paris, PUF, 1989, p. 367 ; G. Sautel, *Histoire des Institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 13-14.

(2) M. Marion, *Les impôts directs sous l'Ancien régime*, 1910, Genève, reproduction anastatique Slatkine, 1974, p. 48 ; G. Ardant, *Histoire de l'impôt*, tome II, Paris, Fayard, 1971, p. 74 ; F. Burdeau, op. cit., p. 45.

(3) A. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, Sirey, 1911, p. 2 ; M. Marion, op. cit., pp. 21-22 ; J. Villain, *Contestations fiscales sous l'Ancien Régime dans les pays d'élection de taille personnelle*, Thèse Droit, Paris, 1943 ; M. Besnier, *Les institutions financières de la France à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, Cours du Droit, 1952-1953, p. 122 ; J. L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel, J. Thibaut-Payen, *Histoire des Institutions : de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1987, p. 496 ; P. Sueur, op. cit., p. 367 ; G. Sautel, op. cit., p. 14.

(4) M. B. Bruguière, H. Gilles, G. Sicard, *Histoire des Institutions françaises*, Toulouse, Privat, 1987, pp. 227-228 ; R. Szramkiewicz, J. Bouineau, *Histoire des Institutions : 1750 - 1914*, Paris, Litec, 1989, pp. 38-39 ; P. Sueur, op. cit., p. 367.

(5) Cf : P. Goubert et M. Denis, *1789 - Les français ont la parole*, Paris, Julliard, 1964, pp. 133 à 155.

(6) P. Sueur, op. cit., pp. 391-392. Il est à noter qu'une des principales revendications des cahiers porte sur l'inégalité fiscale et l'existence de privilégiés et d'exemptions (M. Garaud, *La Révolution et l'égalité civile - Histoire du Droit privé français : 1789 à 1804*, Paris, Sirey, 1953, p. 91), notamment les nobles et les ecclésiastiques ; ainsi : "...la surcharge que le défaut de contribution de la noblesse et du clergé

ailleurs renforcés par des crises financières chroniques (7) dont la dernière est la conséquence de la guerre d'indépendance américaine (8). Ces crises ont pour effet une mauvaise rentrée de l'impôt (9) et obligent la monarchie à accroître la dette publique par le recours aux emprunts (10). L'idée de la nécessité d'une réforme des finances publiques, idée qui ne sera réalisée que par la Révolution, s'impose donc comme une constante du XVIIIème siècle.

Les écrits des économistes de l'époque qui tentent d'apporter des solutions témoignent bien de l'importance et des enjeux des problèmes fiscaux. Ainsi, en 1697, dans le "Détail de la France", Boisguillebert préconise une taille tarifée garantissant le contribuable contre l'arbitraire (11). En 1707, Vauban publie son "Projet d'une dîme royale" où il prône la mise en place d'un impôt unique, général et proportionnel (12), afin d'aboutir à davantage de justice fiscale (13). L'abbé de Saint-Pierre, en 1717, publie en écho à la réforme du Duc de Noailles un "Mémoire pour l'établissement de la taille proportionnelle" (14). Enfin, sous le règne de Louis XV, les physiocrates dont Quesnay et Le Trosne entendent créer un impôt calculé sur le produit net de l'agriculture, seul revenu réel à leurs yeux (15). Sous l'influence de l'opinion éclairée et parce qu'ils sont au contact des réalités, les gouvernants eux-mêmes comprennent la nécessité d'une amélioration de l'assiette et de la répartition des impositions. Des démarches sont entreprises dans ce sens en 1716 par le Duc de Noailles, alors Président du Conseil des finances (16), en 1748 et 1763 par les contrôleurs généraux des finances Machault d'Arnouville (17) et Bertin (18). En 1776, c'est Turgot qui tente de libéraliser l'économie et d'améliorer le système fiscal (19). Mais ces tentatives, qui s'attachent davantage aux impositions directes qu'aux impôts indirects (20), n'aboutissent à aucune réforme générale des finances car elles se heurtent au front des privilégiés ainsi qu'aux conditions socio-politiques du temps. Ainsi, l'histoire fiscale du "Siècle des Lumières" ne peut être comprise qu'en intégrant cet esprit réformateur et l'échec des divers projets en la matière.

...rejette sur le peuple était dans la constitution de la France un vice destructeur" ("Cahier du tiers état de Nemours pour les Etats Généraux de 1789", *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 4, pp. 106 à 229) ; ces derniers n'étaient pas les seuls à bénéficier de privilèges fiscaux puisque les exemptions s'étendaient à certains roturiers du fait de considérations statutaires, professionnelles ou locales (M. Marion, op. cit., p. 8).

(7) F. Olivier-Martin, Histoire du Droit français des origines à la Révolution, 1948, Paris, reproduction anastatique CNRS, 1984, pp. 575-576.

(8) Ibid, p. 576 ; P. Sueur, op. cit., p. 283.

(9) P. Sueur, op. cit., pp. 288-289.

(10) Ibid, p. 289.

(11) M. Marion, op. cit., p. 24.

(12) R. Mousnier, *La dîme de Vauban*, Paris, Les cours de Sorbonne, 1969, p. 40. Le projet de Vauban avait un temps séduit le Contrôleur Général Desmaretz qui avait pesé les possibilités de supprimer radicalement la taille et la capitation "pour leur substituer une dîme royale unique imposée aux terres, au commerce et à l'industrie" (R. Dumas, *La politique financière de Nicolas Desmaretz, Contrôleur Général des Finances (1708-1715)*, Paris, Thèse Droit, 1927, p. 90).

(13) Pour Vauban c'est le "menu peuple...qui porte toutes les charges , qui a toujours le plus souffert et qui souffre encore le plus" (*Projet d'une dîme royale*, 1707, reproduction anastatique de Coornaert, Paris, PUF, 1933, p. 44).

(14) Abbé Castel de Saint-Pierre, *Mémoire pour l'établissement de la taille proportionnelle*, 1717.

(15) Selon Mercier de la Rivière, l'impôt est "le produit d'un partage dans le revenu net des terres, partage qui se fait en vertu d'un droit de copropriété qui appartient au souverain" (*L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris, 1767, p. 477).

(16) Lettre du Duc de Noailles aux intendants relative au projet de règlement sur la taille proportionnelle - 3 novembre 1716 : "Sa principale vue dans le projet qu'on vous envoie est de procurer aux peuples un commencement de soulagement par une égalité dans la répartition des impositions à laquelle on a eu jusqu'à présent si peu d'attention".

(17) M. Marion, op. cit., pp. 89-90 ; G. Ardant, op. cit., p. 100.

(18) Ibid, p. 103.

(19) Ibid, pp. 106.

(20) G. Ardant, op. cit., p. 90.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le cas du marquis René Louis d'Argenson (21). Ce dernier, Secrétaire d'État aux Affaires Étrangères de 1744 à 1747, ami de Voltaire, est l'auteur de "*Considérations sur le gouvernement de la France*", écrites vers 1737 (22) et qui ont fait l'objet d'une première édition posthume en 1764 (23). Dans cet ouvrage, l'auteur songe à une réforme générale de l'État et de l'administration, propose de corriger la monarchie en lui insufflant une dose de "républicanisme" (24) et de renouveler les institutions provinciales et locales. La question fiscale proprement dite n'occupe qu'une place relative dans son oeuvre mais elle mérite d'être prise en compte dans la mesure où elle constitue un des moyens de sa réforme de l'État. En outre, le fait que l'oeuvre ait été rédigée sous le gouvernement du Cardinal Fleury, qui tenait d'Argenson en suspicion et le maintint en défaveur durant tout son ministériat (25), justifie certains de ses aspects polémistes. L'oeuvre a connu un étrange destin puisque le marquis de Paulmy (26) a réédité l'oeuvre paternelle en 1784 (27) en la remaniant assez sensiblement (28) afin selon toute vraisemblance de l'actualiser (29).

De fait, d'Argenson, sacrifiant à l'esprit du siècle, se livre à une critique sévère de la fiscalité d'Ancien régime, condamnant l'arbitraire des impositions et les inégalités liées aux privilèges. Mais de plus, il dévoile les principes décentralisateurs et démocratiques qui président à l'ébauche d'un projet fiscal d'allure originale. Il apparaît ainsi comme un réformateur des Lumières qui confine à la modernité.

I - UN RÉFORMATEUR DES LUMIÈRES

D'Argenson reflète les idées de son temps en critiquant un système qu'il juge néfaste et en établissant la nécessité d'une réforme des finances publiques dont il pose les principes essentiels.

Le procès du système fiscal d'Ancien régime

En matière de finances publiques, les "Considérations" présentent un tableau des plus critiques. Bien qu'il ne fut pas un spécialiste des questions

(21) Sur d'Argenson cf : E. Zévort,*Le Marquis d'Argenson et le ministère des Affaires étrangères*, Paris, 1880 ; J. Droz, *Histoire diplomatique de 1648 à 1919*, Paris, Dalloz, 1972, pp. 106 à 108 ; M. Boulet-Sautel, " Un épisode de la lutte contre les prérogatives de l'Administration", Mélanges Burdeau,Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 741 à 752 ; R. Villers, "Un républicain malavisé : le Marquis René-Louis d'Argenson", *Mélanges Chevrier*, Société pour l'Histoire du Droit des Anciens Pays Bourguignons, 1971, pp. 371 à 392.

(22) R. Villers, "Un républicain...", op. cit., p. 376 ; M. Boulet-Sautel, " Un épisode ...", op. cit., p. 744. - La correspondance échangée entre Voltaire et le marquis prouve en effet que des copies des "*Considérations*" circulaient dès 1739 ; cf. notamment Lettre du 21 juin au Marquis d'Argenson, *Correspondance de Voltaire*, tome II, Paris, Gallimard, 1977, pp. 220 à 222.

(23) *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1764, B. N, côte Lb 38. 969. A.

(24) Ibid, Avertissement, p. 1. " On montrera par cet examen que l'administration populaire sous l'autorité du Souverain, ne diminue point la puissance publique, qu'elle l'augmente même et qu'elle serait la source du bonheur des peuples".

(25) R. VIllers : "Un républicain malavisé ...", op. cit., p. 374.

(26) Le marquis de Paulmy fut Secrétaire d'État à la guerre entre 1757 et 1758 puis ambassadeur de France en Suisse, en Pologne et à Venise.

(27) *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, 1784, B. N, Lb 38; 969; E.

(28) R. Villers, "Un républicain malavisé...", op. cit., p. 376 ; M. Boulet-Sautel, op. cit., p. 744.

(29) En effet, cette édition (*Considérations*..., 1784, op. cit., chap. VII, pp. 197 à 212) propose un système d'assemblées administratives hiérarchisées qui n'était pas contenu dans le manuscrit précédent mais qui est fort à la mode dans la seconde partie du XVIIIème siècle. Mme Boulet-Sautel met justement en exergue l'engouement de l'opinion éclairée pour un tel système depuis la parution du "*Mémoire sur les municipalités*" remis au roi par Turgot et Dupont de Nemours en 1775 ("Un épisode...", op. cit., p. 751).

financières, d'Argenson a saisi le lien existant entre la pression fiscale et l'absolutisme de la monarchie. Comme il l'écrit : "l'histoire des progrès de la monarchie dépend, depuis Mr. Colbert, de l'histoire des ministres de la Finance" (30). Selon lui les vices du système fiscal remontent au règne de Louis XIV bien qu'il ait le souci de ménager Colbert, qu'il faut ranger "au nombre des hommes extraordinaires" (31). A l'inverse, les administrations qui ont suivi ont été néfastes : "la Régence, le système et ce qui a succédé ont tout gâté davantage, et n'ont travaillé à rien de suivi" (32). Au passage, il rend le système de Law coupable d'avoir entretenu " l'illusion des faux billets de crédit" (33) et contribué ainsi à la "ruine fondamentale de la Nation" (34). D'Argenson de manière désabusée et polémiste en vient à louer les vertus du ministère Fleury, qui "le meilleur de ces derniers temps...a été celui où l'on a le moins innové" (35). La critique qu'il adresse ainsi aux différentes administrations financières depuis le règne de Louis XIV, fondée au demeurant, peut néanmoins surprendre par son manque de nuances. En effet, d'Argenson feint d'ignorer les tentatives de réforme qui se sont succédées dans ce même laps de temps : celles du Duc de Noailles en 1716 et de Pâris-Duverney en 1725 (36) comme l'essai de taille tarifée d'Orry en 1735 (37). Toutefois, ce qui motive sa condamnation est le fait suivant : "on propose de nouveaux systèmes, on les critique après quelques épreuves et puis on s'en tient là" (38). Or l'analyse d'Argenson pêche sur ce point par son manque de réalisme car l'abandon des réformes est davantage imputable à la résistance des privilégiés qu'à l'immobilisme des gouvernants (39).

Un autre reproche d'importance qu'il adresse au système fiscal d'Ancien régime est le maintien de son caractère arbitraire : en effet, " la France est le seul pays du monde où les impositions sont arbitraires" (40). En la matière, son réquisitoire porte principalement sur les abus de la taille (41). Il s'insurge contre l'idée " qu'il faut des tailles arbitraires pour mater les paysans" (42). Impôt direct traditionnel, la taille (43) était en effet soumise à l'arbitraire dans l'établissement de

(30) *Considérations...*, 1764, op. cit., chap. V, p. 177.
(31) Ibid, p. 178. Voltaire partage cette admiration pour Colbert : "Si l'on compare l'administration de Colbert à toutes les administrations précédentes, la postérité chérira cet homme dont le peuple insensé voulut déchirer le corps après sa mort" (*Le siècle de Louis XIV, Oeuvres historiques*, Paris, Gallimard, 1987, p. 983).
(32) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. V, p. 182.
(33) Ibid, p. 185.
(34) Ibid : "Enfin on n'ignorerait aucun des moyens que les financiers ont exécutés pour tirer de l'argent du public, non par des voies de ménagement apparent, mais de ruine fondamentale pour la Nation".
(35) Ibid, p. 182.
(36) G. Ardant, op. cit., p. 96.
(37) Ibid, p. 98.
(38) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 201.
(39) F. Olivier-Martin, *Histoire du Droit...*, op. cit., p. 588 ; G. Ardant, op. cit., p. 116 ; P. Sueur, op. cit., p. 393.
(40) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, pp. 201-202.
(41) Ibid, p. 201.
(42) Ibid, chap. VIII, pp. 272-273 : "Combien de fois les gens à leur aise ont-ils répété qu'il faut des tailles arbitraires pour mater le paysan, sans quoi il tomberait dans l'indolence et dans la révolte ; que les habitants de certaines provinces (nota la Normandie qui paye 37 millions au Roi) ne travaillent beaucoup, que parce qu'ils ont beaucoup de tailles à payer? La même politique n'est ni plus profonde, ni plus humaine".
(43) La taille est dite personnelle quand elle grève personnellement les roturiers sans tenir compte de la nature des biens et de l'origine des ressources . Il existe une taille réelle assise sur les biens fonds que l'on lève essentiellemnt dans les pays d'Etats et dans le Midi de la France (M. Marion, op. cit., p. 18 ; P. Sueur, op. cit., p. 329 ; C. Ambrosi, "Aperçu sur la répartition et la perception de la taille au XVIIème siècle", RHMC, 1961, pp. 281 à 300 ; W. Beik, "Etat et société en France au XVIIème siècle : La taille en Languedoc et la question de la redistribution sociale", AESC, 1984, pp. 1270 à 1299).

son assiette et dans sa répartition (44) ainsi que dans sa levée (45). Dans ce dernier domaine, la critique d'Argenson est particulièrement acerbe et il n'hésite pas à parler de vexations dans le recouvrement de l'impôt (46). D'Argenson n'est pas isolé puisque la critique de l'arbitraire fiscal dans le domaine de la taille est un des chevaux de bataille des réformateurs (47). L'amélioration de la répartition de la taille personnelle est au demeurant une préoccupation de l'administration des finances tout au long du XVIIIème siècle. Diverses réformes tentent ainsi d'adapter le système de la taille tarifée (48) à laquelle d'Argenson est cependant hostile (49).

Deux questions retiennent également son attention : l'inégalité fiscale liée aux privilèges et la pratique de la corvée royale.

D'Argenson se montre résolument opposé au principe de l'inégalité fiscale par le jeu des privilèges qui fait que " le même fardeau ôté de dessus les épaules les plus fortes a retombé sur les plus faibles" (50). En ce sens, il touche un des sujets sensibles du XVIIIème siècle. En effet, les privilèges, que ce soit ceux des provinces, du clergé ou de la noblesse (51), s'opposent à la réalisation d'un certain nombre de progrès et accusent la faiblesse de l'État monarchique en matière de réforme fiscale. Il dénonce les "grâces lucratives et injustes" (52) qui font que l'on confond " trop tous les jours les intérêts de l'État avec ceux des particuliers" (53). L'inégalité fiscale lui parait odieuse car grâce aux privilèges "on jouit injustement de ce que d'autres ont mérité, et cette injustice exclut ceux qui mériteraient par eux-mêmes" (54). Son attaque vise particulièrement la noblesse de robe qu'il qualifie de "satrapie roturière" (55). Ainsi dans sa critique des inégalités fiscales, d'Argenson se montre étonnamment moderne ; il ne fait cependant que reprendre, en les adaptant à son époque, les idées de Vauban qui en son temps avait préconisé l'abolition de tous les privilèges fiscaux (56). Par ailleurs, les "Considérations" comporte une condamnation totale du principe de la vénalité des charges. Selon d'Argenson, " le gouvernement vénal a été poussé à l'extrême depuis la mort de Mr de Colbert, toutes les fonctions, tout suffrage ont été ôtés aux gens du peuple" (57). Or la démocratie a

(44) M. Marion, op. cit., p. 4 et p. 12. ; G. Ardant, op. cit., p. 91.
(45) M. Marion, op. cit., p. 7 : la masse des populations était en effet exposée " aux caprices et aux bévues des collecteurs ". Sur les abus de la perception, cf. H. See, *Les classes rurales en Bretagne du XVIème à la Révolution*, Brionne, Éd. Monfort, Reprint 1978, p. 323.
(46) *Considérations...*, 1764, op. cit., chap. V., p. 184 : "On étudierait par quelle méthode s'impose la taille arbitraire, tarif des autres impositions et qui n'a d'autre proportion que la vengeance et l'envie, ou la fatalité qu'il y a de demander à celui qui paye le mieux".
(47) G. Ardant, op. cit., p. 74 ; F. Burdeau, op. cit., p. 43. On trouve déjà cette préoccupation chez Boisguillebert (R. Mousnier, op. cit., p. 26), mais aussi chez Vauban (Ibid, p. 27.) dont le marquis semble s'être inspiré : En effet, selon d'Argenson la parution du "Livre de Mr. de Vauban " aurait déclenché une prise de conscience quant aux méfaits de la taille arbitraire (*Considérations...*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 201). On doit noter que l'édition de 1784, celle du marquis de Paulmy, ne contient pas cette référence (*Considérations...*, 1784, op. cit., chap. VI, p. 181 : "Heureusement, à force d'entendre parler des abus que font de leur autorité les intendants et les commissaires purement royaux, les suffrages se rapprochent pour travailler à diminuer cette autorité odieuse au peuple").
(48) M. Marion, op. cit., pp. 27 à 38.
(49) Mémoires, 6 tomes, Paris, Jannet, 1857-1858, tome VI, p. 64.
(50) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. V., p. 185 : "On les a exemptés de tous impôts et le même fardeau ôté de dessus les épaules les plus fortes a retombé sur les plus faibles".
(51) A côté des privilèges personnels il existait une inégalité criante entre pays et provinces (A. Esmein, op. cit., p. 2). Ainsi, les pays d'élections payaient plus d'impôts que les pays d'Etats. Cf. également M. Marion, *L'Impôt sur le Revenu au XVIIIème siècle*, 1901, Reproduction anastatique Genève, Slatkine, 1976, pp. 13 à 16.
(52) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 210.
(53) Ibid, chap. VIII, p. 307.
(54) Ibid, p. 309.
(55) Ibid, p. 312.
(56) R. Mousnier, op. cit., pp. 43-44.
(57) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 186. - Voltaire partage l'aversion d'Argenson pour la vénalité des charges, "malheureuse invention qui a ôté l'émulation aux citoyens et qui a privé les rois de

été retardé par la vénalité (58) qui constitue au demeurant un facteur de faiblesse pour le gouvernement royal (59), et un instrument d'oppression vis à vis de la population ; en effet, c'est "un monstre indéfinissable qu'un maire ou un échevin vénal officier du Roi" (60). D'Argenson condamne également le système des corvées, charges d'intérêt public, qui sont devenues "une troisième taille dans les campagnes" (61). Il dénonce à ce sujet l'oppression dont sont victimes les sujets : "des ingénieurs conduisent moins ces ouvriers qu'ils ne leur commandent comme à des esclaves. On les arrache de leurs maisons et à leurs travaux nécessaires ; on les mène fort loin de chez eux ; on les y tient longtemps" (62). Le système présente à ses yeux le défaut d'ignorer " l'utilité commune" (63). Ainsi " tout ce qui est destiné au bien public se tourne en fléau " (64). La condamnation de la corvée est également le fait des physiocrates (65) favorables à son rachat et son remplacement par une redevance pécuniaire (66). D'Argenson s'oppose paradoxalement au rachat car cela lui semble être générateur de nouveaux abus : "..ceux qui s'exemptent se rachètent ; ainsi tous les bas officiers s'enrichissent encore de cette misère" (67).

La critique du système fiscal de l'Ancien régime porte ainsi essentiellement sur la taille et les corvées. En effet, d'Argenson ne mentionne pas les nouveaux impôts comme la capitation créée à partir de 1695, le dixième créé en 1710 et transformé en vingtième en 1749 et qui sont plus égalitaires que la taille (68). Et il est de même étonnamment silencieux sur les impôts indirects plus nombreux et plus complexes (69) et dont l'affermage suscite l'exaspération des contribuables au XVIIIème siècle (70). Or paradoxalement le marquis d'Argenson ménage la Ferme générale et condamne le système de la Régie car "on a lieu de reconnaître toute la dureté et la négligence de ceux qui régissent pour le Roi, par comparaison à l'exactitude de ceux qui régissent en leur nom et pour leur compte" (71).

Enfin, d'Argenson dénonce comme une résultante des défauts du système fiscal, la surimposition qui accable les contribuables et grève leur patrimoine. Ainsi : "Louis XIV voulait de nouvelles sommes, Colbert mettait de nouveaux impôts et se faisait haïr de la populace" (72). Selon d'Argenson une histoire des finances serait utile afin de montrer " à quel point les tailles et le sel ont augmenté"

---

la plus belle prérogative du Trône" (Lettre au marquis d'Argenson du 8 mai 1739, *Correspondance...*, tome II, op. cit., p. 202). (58)

(58) *Considérations*, 1764, op. cit, chap. VI, p. 192.

(59) Ibid : "Ils voulurent tirer des sommes extraordinaires de leurs peuples et ils eurent volontairement la faiblesse de se servir de moyens détournés ; ainsi c'était plutôt par défaut d'autorité suffisante que pour le bien même de leur autorité ; ce qui confirme encore ma proposition".

(60) Ibid, chap. V, p. 186.

(61) Ibid, chap. VIII, p. 271. - Comme aucun texte légal n'en déterminait les conditions, l'exercice de la corvée royale fut l'occasion d'une foule d'abus (P. Sueur, op. cit., p. 341).

(62) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, pp. 271-272.

(63) Ibid, p. 272.

(64) Ibid, p. 271.

(65) Menant une politique d'inspiration physiocratique, Turgot supprime la corvée royale en nature par un édit de 1776 (E. Faure, *La disgrâce de Turgot*, Paris, gallimard, 1961, pp. 421 à 424) mais elle est restaurée la même année (M. Marion, op. cit., p. 115).

(66) M. Marion, op. cit., p. 113.

(67) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VIII., p. 272.

(68) P. Sueur, op. cit., pp. 335-338.

(69) Ibid, pp. 344-345.

(70) F. Burdeau, op. cit., p. 37 ; P. Sueur, op. cit., p. 346. Cf. également, P. Roux, Les fermes d'impôts sous l'Ancien Régime, Thèse Droit, Paris, 1916 ; Y. Durand, *Les fermiers généraux au XVIIIème siècle*, Thèse Lettres, Paris, 1971. Cf. également sur l'impopularité des gabelles : J. Pasquier, *L'impôt des gabelles en France aux XVIIème et XVIIIème siècles*, 1905, Reproduction anastatique Genève, Slatkine, 1978, p. 3 ; E. P. Beaulieu, *Les gabelles sous Louis XIV*, 1903, Reproduction anastatique Genève, Slatkine, 1978, p. XVI et p. 217.

(71) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 206.

(72) Ibid, chap. V., p. 179.

(73). De ce fait, il rend la pression fiscale responsable de "la misère générale" (74). Il plaide alors pour un allègement des impositions car "les richesses du roi dépendent de l'abondance où seront ses sujets" (75). D'Argenson ne peut que constater ces inégalités inhérentes à la société car " malheureusement plus les nations se policent plus elles reconnaissent l'usage et l'avantage de l'opulence" (76).Le marquis reconnaît volontiers ne pas être le seul à se rendre compte du problème. N'écrit-il pas : "on ne dit plus tant qu'autrefois que le paysan doit être accablé d'impôts pour être soumis" (77). Mais si "le Conseil sent le besoin qu'il y aurait de diminuer les impositions dans le royaume" (78), ces intentions restent lettres mortes et "à chaque bail des fermes générales on voit naturellement augmenter le prix du traité" (79). Et de fustiger la tiédeur des gouvernants voire leur immobilisme (80). La critique établie par d'Argenson aboutit donc à une condamnation sans appel et induit une réforme profonde de la fiscalité dont il s'agit de poser les principes essentiels.

Les principes de la réforme

D'Argenson entend insuffler le meilleur du gouvernement républicain au gouvernement monarchique. En effet, il écrit : "Le bon des républiques répugne-t-il à la monarchie ? S'il est impossible de les allier ensemble, il faut en détourner les désirs ; mais si le bonheur et l'abondance sont conciliables avec l'amour et l'obéissance dus au roi, si les rois eux-mêmes peuvent régner comme si leurs sujets n'obéissaient qu'à des lois et non pas à des hommes, pourquoi n'en étudierait-on pas les véritables ressorts là où ils sont? Qu'on les y recherche donc, et l'on trouvera précisément que tout ce qui fait le bon des républiques augmente l'autorité monarchique au lieu de l'attaquer en rien" (81). Son ambition est donc bien d'étendre la démocratie en France et de l'associer à la monarchie, l'autorité royale devant augmenter en force et solidité," au lieu de souffrir diminution par l'établissement de cette démocratie..." (82). Le marquis se révèle ainsi partisan d'un absolutisme éclairé à l'instar de Voltaire et adversaire des thèses de Boulainvillers (83) car il condamne tout régime aristocratique qu'il qualifie d'ailleurs de "féodal" (84). En effet, "quand le Trône est affermi, le Monarque se trouve toujours plus ami de la démocratie qui lui est soumise, que de l'aristocratie qui l'offusque" (85). Le but du penseur est donc clairement affiché : il s'agit avant toute chose de rationaliser et de renforcer l'État par la démocratie. Cet état d'esprit politique sous-tend chez d'Argenson les principes mêmes de sa réforme fiscale qui intègre la décentralisation et l'égalité juridique.

Plus précisément en matière fiscale, il fait de la communauté d'habitants le cadre actif de la décentralisation : "on établira en France des magistrats populaires à

(73) Ibid, p. 184.
(74) Ibid, chap. VI, p. 202.
(75) Ibid, p. 204.
(76) Ibid, chap. VI, p. 191.
(77) Ibid, p. 205.
(78) Ibid, p. 206.
(79) Ibid.
(80) Ibid, p. 201 : "On voudrait donc diminuer cette misère générale, mais ce qu'on y a fait jusqu'à présent ressemble au Conseil des Rats".
(81) Ibid, chap. VIII, p. 303.
(82) Ibid, chap. VII., p. 219.
(83) Ibid, chap. IV, p. 126. - Voltaire a bien senti en d'Argenson l'adversaire des thèses aristocratiques de Fénelon et Boulainvilliers (Lettre au marquis d'Argenson du 21 juin 1739,*Correspondance de Voltaire*, tome II, Paris, Gallimard, 1977, p. 220).
(84) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. IV, p. 126 : "dans ce système bizarre de gouvernement, la plus grande autorité sur la Nation était entre les mains d'un certain nombre de principaux usurpateurs qui avaient sous eux d'autres usurpateurs subalternes".
(85) Ibid, chap. VI, p. 190.

la tête de chaque communauté, c'est à dire de chaque ville, bourg, ou village" (86). Cette autonomie municipale serait un palliatif de l'appauvrissement des provinces qui selon d'Argenson opère au bénéfice de la capitale (87). Par ailleurs il présente comme une nécessité le remplacement des généralités par des départements moins étendus où "on suivra le besoin des affaires, les usages différents, les moeurs et les rapports de situation et de commerce" (88). Si d'Argenson a le mérite d'être l'un des premiers à penser en terme de département, ceci n'est que relativement novateur dans la mesure où, vers le milieu du XVIIIème siècle, tous les grands techniciens de l'administration avancent l'idée de la nécessité d'une réduction du volume spatial des intendances (89).

En ce qui concerne l'administration fiscale, il propose à l'instar des physiocrates, du marquis de Mirabeau, Dupont de Nemours ou Necker (90) d'associer agents de l'État et représentants des contribuables. D'Argenson fait reposer son projet sur une véritable participation des citoyens à la fiscalité. La clef de voûte de la réforme fiscale selon lui est "d'admettre davantage le public dans le gouvernement du public" (91). D'Argenson donne sa définition de l'administrateur : "il doit être l'homme du peuple, ou il n'est rien" (92). Il propose donc dans son plan de gouvernement de supprimer la vénalité (93) afin de rapprocher les administrateurs des administrés. Ainsi il est nécessaire que les officiers ne soient plus "royaux mais municipaux et populaires" (94). Le but recherché étant que ceux-ci puissent enfin agir "pour les intérêts seuls du peuple" (95). D'Argenson établit cependant une limite de taille à cette "démocratisation" de l'administration : "l'autorité du Roi" (96). De ce fait, il pose le problème de la désignation des administrateurs et des magistrats. Le marquis n'est pas partisan du procédé de la cooptation (97). Il propose d'instaurer un système d'élection populaire contrôlée par les intendants. Ainsi, les communautés éliront annuellement leurs magistrats mais cette élection consistera seulement en une proposition (98). Les intendants et les subdélégués conserveront le pouvoir de ratifier le choix des contribuables (99). Cette graduation dans le suffrage

(86) Ibid, chap. VII, p. 215.
(87) Ibid, chap. VIII, p. 276 : "Il est certainement à désirer que les provinces soient peuplées, que la politesse y règne, que l'argent y circule. Le contraire arrivera et augmentera, tant que la capitale ne fera que s'accroître chaque jour des dépouilles des provinces".
(88) Ibid, chap. VII, pp. 245-246.
(89) P. Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, p. 113.
(90) F. Burdeau, op. cit., p. 44 ; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, op. cit., pp. 75-76-77.
(91) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VIII, pp. 267-268 : "Ces soins particuliers et multipliés doivent nécessairement rétablir les finances par la voye la plus légitime et la plus désirable qui est l'augmentation des richesses du Souverain dans l'accroissement de celles de ses sujets".
(92) Ibid, chap. V, p. 186.
(93) Ibid, chap. VII, p. 261 : "Sa majesté promet que la vénalité ne sera jamais admise ni aucune proposition écoutée là-dessus, dans toute l'étendue du présent arrangement ; regardant cette condition comme une des plus constitutives et des plus essentielles au bon ordre, et considérant que depuis la vénalité des emplois, les hommes ne semblent plus fait pour l'Etat, mais l'Etat pour les hommes". - Il est à noter qu'à partir de 1771, le gouvernement royal tente de substituer aux officiers des agents salariés. Suivant l'exemple de Maupeou l'abbé Terray réduit le nombre des officiers payeurs et des trésoriers généraux. En 1777, Necker substitue au système des offices des receveurs généraux des finances une administration de la recette générale par des salariés (F. Burdeau, op. cit., pp. 38-39).
(94) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VIII, p. 199.
(95) Ibid.
(96) Ibid : ". . afin qu'ils pussent agir sous la protection et sous l'autorité du Roi...". - R. Villers fait justement remarquer que dans le schéma proposé par le réformateur, le roi gouverne et reste le moteur de toute la puissance de l'Etat ("Un républicain malavisé...", op. cit., p. 379).
(97) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VI, p. 196 : "Mais dira-t-on pour nommer aux emplois amovibles et sans finances, rétablira-t-on les élections, ou en laissera-t-on la collation à des gens de crédit qui en feraient eux-mêmes un commerce dangereux dont il eut autant valu que le Roi en profitât ?".
(98) Ibid, chap. VII, p. 247 : "il faudra que la nomination de chaque magistrature soit indiquée à chaque intendant par scrutin...".
(99) Ibid.

devant permettre d'éviter "l'excès d'autorité que le droit d'élection donne au Peuple" (100). De fait, parce que l'administration centrale conserve un pouvoir de tutelle dans le choix de ses agents, d'Argenson apparaît davantage partisan de la liberté civile et économique que de la liberté politique, préférant la participation à la démocratie véritable. En ce sens, il rejoint d'ailleurs les thèses physiocratiques (101).

Enfin, le plan de réforme du marquis d'Argenson tend à instaurer l'égalité entre les citoyens. En effet, on trouve dans les "Considérations" le souhait que " tous les citoyens fussent égaux entre eux" (102). Cette préoccupation, motivée par la recherche d'une justice sociale accrue par la proportionnalité de l'impôt (103), correspond à l'idée clairement affirmée par le réformateur que les lois doivent prendre en compte les intérêts de la multitude (104). D'Argenson, bien dans l'esprit des Lumières, n'envisage cependant que l'égalité de droit, l'égalité de fait étant impossible puisque " jamais il n'arrivera certainement que l'égalité soit parfaite entre les citoyens ; la différence des talents en fournira toujours entre les fortunes, et les pères ayant la propriété de leurs enfants, ceux-ci se ressentiront toujours des travaux et des mérites de leurs auteurs" (105).

Les principes énoncés, qui font apparaître l'esprit des Lumières constituent ainsi le soubassement d'un plan de réforme fiscale novateur.

II - L'ÉBAUCHE D'UNE FISCALITÉ MODERNE

Le projet fiscal proposé par d'Argenson présente une certaine cohérence en dépit de son aspect fragmentaire (106). Il recoupe les tendances des projets réformateurs du XVIIIème siècle tout en indiquant la spécificité et la modernité des préoccupations du penseur.

Le projet d'Argenson

- La décentralisation souhaitée par d'Argenson n'oblitère en rien l'existence d'une administration financière centrale qu'il entend rationaliser et rendre efficace. L'échelon supérieur est constitué par le Conseil du Roi (107) et les ministres (108), ce qui tend à démontrer que d'Argenson conserve l'institution du Contrôle général. Le plan prévoit également le maintien des intendants qui auront sous eux des subdélégués (109). S'il n'envisage pas l'abolition des bureaux des finances, il

(100) Ibid, p. 248.
(101) A. Esmein, op. cit., p. 6.
(102) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VIII, p. 308.
(103) Ibid : selon d'Argenson il est souhaitable que "chacun fut fils de ses oeuvres et de ses mérites : toute justice y serait accomplie et l'Etat serait mieux servi".
(104) Ibid, p. 279 : "Si la démocratie était goûtée, on sentirait par la suite quel est le bon ou le mauvais usage de nos lois, quels règlements sont superflus, ou nuisibles, quelles règles favorisent mieux le grand nombre, et quelles ont été dictées dans leur origine par le plus petit, mais avec plus de crédit".
(105) Ibid, p. 306.
(106) Le chapitre VII de l'édition de 1764 est totalement consacré à l'exposition de ce plan de réformes (pp. 215 à 262).
(107) Ibid, art. XXXIII, p. 243 et art. XLIII, p. 254.
(108) Ibid, art. XXXIII, p. 243.
(109) Ibid, art. XXX, pp. 240-241 : "Les intendants auront sous eux plusieurs subdélégués distribués par départements, qui seront appelées subdélégations ; ils seront officiers royaux. Les intendants et subdélégués seront les seuls officiers royaux pour la police et la finance dans les provinces ; à quoi on peut ajouter les receveurs des finances, dont les fonctions seront simples et faciles, n'ayant affaire qu'aux communautés et nullement aux particuliers ; il leur suffira de bonnes cautions et de quelques caissiers pour la facilité de leur recette dans les départements les plus étendus".

remplace les élus par les magistrats populaires (110). Les intendants gardent un pouvoir de tutelle en matière de finances sur ces derniers (111).

- Le plan fiscal du marquis comporte toute une série d'améliorations des techniques fiscales, assiette, répartition, recouvrement et contentieux, ainsi qu'une refonte des types d'impositions.

Le projet tend à modifier l'assiette et la répartition des impôts. Pour ce qui est de l'assiette fiscale, d'Argenson distingue les matières imposables qu'il sépare en trois états : - les matières "naissantes...dans le mouvement du commerce et dans toutes les formes qu'on donne aux matières premières, après avoir excité la nature pour les produire" (112). Elles seront totalement exonérées d'impôts (113) ; - les matières "existantes", biens patrimoniaux qui supporteront le poids des impositions directes (114) ; - et les matières "dépérissantes" qui supporteront celui des impositions de consommation (115). Sur ce dernier point, d'Argenson introduit une proportionnalité puisqu'il " est juste que celui qui consomme le plus pour son luxe paye le plus à l'État" (116). Il s'agit cependant d'une idée tout à fait classique puisque vouloir fixer un quantum du revenu exigible de tout redevable est une des préoccupations de nombre de réformateurs au XVIIIème siècle (117). L'originalité d'Argenson réside dans le fait de la déplacer dans le domaine des impôts de consommation. En matière de répartition des impositions, il pousse très loin l'autonomie municipale. En effet, les communautés "dirigées par leurs magistrats" (118) auront toute latitude pour fournir les sommes demandées par le roi (119). Ainsi, les magistrats municipaux élus seront maîtres de la méthode de la répartition (120). D'Argenson précise toutefois qu'ils n'imposeront " que de la manière qu'ils jugeront la moins onéreuse" (121). En établissant un tel système, d'Argenson accorde aux communautés la liberté de s'imposer elles-mêmes (122). Or il est très étonnant de voir un partisan de l'absolutisme éclairé ressourcer la vieille théorie médiévale du consentement à l'impôt (123) et sensiblement remettre en cause le droit

(110) Ibid, art. V, pp. 217-218.
(111) Ibid, art. XLIII, p. 254 : "Les magistrats municipaux et populaires ne reconnaitront dans toutes leurs fonctions d'autres supérieurs que le Conseil, sous l'inspection particulière des intendants et subdélégués".
(112) Ibid, art. XV, p. 227.
(113) Ibid : "alors il leur faut pleine exception de tous droits". A ce sujet, on ne peut que relever une totale contradiction chez d'Argenson entre l'établissement d'une entière liberté des échanges et l'existence d'octrois qui sont des taxes d'entrée dans les villes grèvant les marchandises (P. Sueur, op. cit., p. 349).
(114) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. XV, p. 227 : "Tels seraient les droits de cadastre pour les terres, capitation pour les hommes, impôts sur les bestiaux, maisons, etc".
(115) Ibid : "on ne peut trop charger les choses considérées dans cette situation ; c'est ce qu'on nomme droit de consommation. On peut lever ces droits lors de la vente et de l'achat qui se fait chez les marchands détailleurs pour consommer chez l'acheteur" (Ibid, pp. 227-228). - Là encore, d'Argenson se révèle assez flou quand à la nature de ces impôts indirects. Il ne précise d'ailleurs pas quel rôle peut jouer la Ferme générale dont il ne remet pas en cause l'existence. R. Villers écrit avec justesse qu'en la matière l'auteur fait preuve de faiblesse, d'ignorance ou tout au moins de légèreté ("Un républicain malavisé...", op. cit., p. 387).
(116) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. XV, p. 228.
(117) J. B. Maurice Vignes, *Histoire des doctrines sur l'impôt en France*, 1909, Paris, reproduction anastatique LGDJ, 1961, pp. 94 à 130.
(118) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. XIII, p. 225.
(119) Ibid, art. XIV, p. 226.
(120) Ibid, art. XIII, p. 225.
(121) Ibid, art. V, p. 218.
(122) R. Villers, "Un républicain malavisé...", op. cit., p. 386.
(123) Y. Thomas, *Essai sur le consentement à l'impôt aux derniers siècles de l'ancien régime (XV°-XVIII°siècles)*, 2 tomes, Paris, Thèse Droit, 1974, tome II, p. 634 : "Au XVIIIème siècle, le consentement général à l'impôt peut faire figure, en revanche, d'institution passée. Les Etats généraux n'ont pas été réunis depuis 1614 et le thème même du consentement a disparu de la doctrine politique depuis l'époque de la Fronde. Aussi ne doit-on pas s'étonner qu'il laisse longtemps l'opinion indifférente, notamment les penseurs politiques".

royal d'imposer (124). Par ailleurs, l'auteur reste silencieux sur le rôle du Conseil du Roi dans le domaine de la répartition de l'impôt (125).

- Il manifeste également le souci d'améliorer le recouvrement, l'emploi des impositions et le règlement du contentieux.

Sur le plan du recouvrement, la levée des impositions sera effectuée par les magistrats populaires qui se substitueront à l'occasion aux anciens collecteurs (126). Selon d'Argenson, un tel système a le mérite de rendre plus juste la perception des impositions, les collecteurs s'étant montré " jusques ici plus attachés à leurs propres intérêts qu'au soulagement des contribuables" (127). Ici, l'auteur met en cause le système de la Régie mais sa généralisation peut paraître bien polémiste quand on sait que les collecteurs sont des contribuables eux-mêmes choisis ou désignés d'office et soumis à toutes sortes d'abus de la part de leurs supérieurs, les receveurs (128). Pour déterminer l'emploi des sommes perçues, il propose tout d'abord d'intégrer dans une seule levée et un seul compte les impôts directs et indirects et ce tant pour les revenus destinés au roi que pour ceux réservés à l'usage public (129). Les sommes seront réparties de la manière suivante : "sa majesté prenant trois quarts du produit de tous les droits pour subvenir au fardeau de l'État, et la communauté le quart pour les charges publiques du lieu" (130). En ce qui concerne le règlement du contentieux en matière financière, d'Argenson propose d'en exclure les magistrats populaires qui lui paraissent inaptes, "n'étant pas élevés dans la connaissance des lois" (131) comme le sont les juges ordinaires, royaux ou seigneuriaux, auxquels ce contentieux sera remis (132). Il échappera donc aussi aux intendants bien qu'il s'agisse d'une "partie de l'administration" (133).

- Le marquis d'Argenson propose en outre de réformer les impôts eux-mêmes. Dans la tradition de Vauban et de sa "dîme royale", il avance l'idée d'un impôt direct unique : le don gratuit (134) constituant " les mêmes sommes que sa Majesté demande aujourd'hui à titre de tailles et autres impositions nécessaires à la taille" (135). Cet impôt doit remplacer ainsi les "impositions arbitraires qui se lèvent aujourd'hui" (136). La question d'un impôt direct unique n'est pas soulevée par le seul marquis d'Argenson. Il s'agit d'une préoccupation partagée par la majeure

(124) Il s'agit d'un droit royal affirmé au début du XVIIème siècle par Charles Loyseau (P. Sueur, op. cit., p. 296).
(125) Sous l'Ancien régime, le Conseil royal des finances arrête chaque année le montant et la répartition de la taille (M. Antoine, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Genève, Droz, 1970, pp. 132 à 135) ; le Conseil royal des finances connait cependant sous Louis XV un déclin irrémédiable (Ibid, p. 135).
(126) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. V, p. 217.
(127) Ibid, art. XIII, p. 225.
(128) M. Marion, op. cit., p. 195 ; P. Sueur, op. cit., p. 376.
(129) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. XVII, p. 229.
(130) Ibid.
(131) Ibid, art. VII, p. 221 : "...ils ne seront d'aucune justice contentieuse, provisoire ou féodale, haute, moyenne ni basse". - Cf : Ibid, chap. V, pp. 184-185 : "On verrait par quelle monstrueuse politique on joint les fonctions de magistrat à celles de financier...".
(132) Ibid, chap. VII, art. XLIV, pp. 255-256 : "les affaires de communauté à communauté et de communauté à noblesse seront portées par devant les juges ordinaires".
(133) Ibid, art. XXVIII, p. 238.
(134) Dans le régime fiscal de l'Ancien régime, le terme de don gratuit revêt deux acceptions : il s'agit d'une somme immuable votée par les Etats provinciaux qui parfois recoupe la taille et ses suppléments (M. Bordes, *L'administration provinciale et municipale en France au XVIIIème siècle*, Paris, SEDES, 1972, pp. 107-107 ; Y. Thomas, *Essai sur le consentement à l'impôt aux derniers siècles de l'Ancien régime (XV°-XVIII° siècles)*, 2 tomes, Paris, Thèse Droit, 1974, tome II, pp. 516-517), mais également de l'aide financière accordée au roi par le clergé de France (A. Esmein, *Cours élémentaire d'Histoire du Droit français*, Paris, Sirey, 1921, p. 602 ; F. Olivier-Martin, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, 1948, Paris, reproduction anastatique CNRS, 1984, p. 386 ; F. Garrisson, *Histoire du Droit et des Institutions*, Paris, Montchrestien, 1983, p. 378).
(135) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. V, p. 218.
(136) Ibid, art. VIII, p. 222.

partie des penseurs de l'époque, de Fénelon (137), aux physiocrates (138). Le second article des finances publiques, lié à la décentralisation, et qui concerne les impositions indirectes, consiste en des "octrois et revenus patrimoniaux destinés à payer les charges, ouvrages publics, gages d'officier, etc." (139). Si en la matière, d'Argenson reste fidèle à ses velléités décentralisatrices, le moins que l'on puisse dire est qu'il laisse planer le flou sur les impositions indirectes. En effet, il ne précise absolument pas quels sont ces revenus patrimoniaux.

Ainsi, le projet du réformateur a pour ambition de remédier aux abus les plus criants de la fiscalité mais conserve l'armature centrale de l'Ancien régime en la réformant et en innovant dans ce cadre maintenu.

Spécificité et modernité

La réponse apportée par d'Argenson à la question fiscale, tout en se situant dans la ligne des grands réformateurs des Lumières, présente néanmoins une spécificité et une modernité qui permettent de réévaluer son apport.

- Cette spécificité s'avère manifeste par la confrontation de l'édition de 1764, expression fidèle des idées d'Argenson, et de celle remaniée en 1784 et qui apparaît à l'observation comme le simple reflet des idées du temps. En effet, les motifs qui animent le marquis de Paulmy en matière de réforme des finances publiques s'avèrent différents tant au niveau des principes que des réalisations souhaitées.

Le marquis de Paulmy fait de la décentralisation le principe essentiel de sa réforme mais sans aller jusqu'à l'autonomie municipale. Ainsi, il s'arrête à l'échelon des États provinciaux (140) et étend ce type d'administration à l'ensemble des provinces (141) en supprimant les élections (142). Les États se voient chargés de l'établissement de l'assiette (143), de la répartition (144) et de la levée des impositions (145) par le biais d'un trésorier général des États chargé de rassembler les sommes perçues dans le cadre des districts (146). Or il s'agit là de solutions dont l'expression est purement circonstancielle puisqu'elle coïncide avec le regain

(137) Fénelon annonce les physiocrates en souhaitant un impôt direct unique qui serait une taille réelle foncière (R. Villers, *Histoire comparée des finances publiques européennes aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Les cours du Droit, 1961-1962, p. 150).
(138) - G. Weulersse, *Le mouvement physiomatique en France de 1756 à 1770*, 2 tomes, 1910, reproduction anastatique Paris, Mouton, 1968, tome II, p. 365. - G. Weulersse, *La physiocratie à l'aube de la Révolution : 1781-1792*, Paris, Éd. École Hautes Études en Sciences Sociales, 1985, p. 237. Ardant, op. cit., p. 60.
(139) *Considérations*, 1764, op. cit., chap. VII, art. VIII, p. 222.
(140)*Considérations*, 1784, op. cit., chap. VII, art. VI, p. 202.
(141) Ibid : "Nous accordons à chacune de nos provinces l'honneur et l'avantage d'avoir des Etats provinciaux" - Le Marquis de Paulmy propose donc d'uniformiser l'administration provinciale du royaume en supprimant les pays d'élections.
(142) Ibid, art. XV, p. 218.
(143) *Considérations*, 1787, chap. VII, art. VII, p. 205.
(144) Ibid. : "Nous ne confions aux Etats que la seule administration, c'est à dire, l'exécution de nos ordres, la répartition juste et exacte des charges que nous croyons utiles et nécessaires d'imposer, le droit de nous éclairer sur les besoins de chaque province, et sur les mesures à prendre pour en augmenter la population et le commerce, et la liberté de nous représenter les abus que pourraient faire de nos ordres ceux qui les reçoivent immédiatement de nous".
(145) Ibid, art. XIII, p. 215 : "Ce sera aux Etats Provinciaux et aux assemblées de districts à faire cette perception à moins de frais possibles, et de la manière la moins désagréable au peuple".
(146) Ibid, art. VIII, pp. 206-207.

d'intérêt pour les assemblées d'États qui marque la seconde partie du XVIIIème siècle (147). On y retrouve ainsi les motivations qui animent Necker ou Calonne (148) de même que les aspirations des physiocrates (149).

De même, les divergences entre le père et le fils sont flagrantes aux niveaux des techniques fiscales envisagées. Ainsi, pour ce qui est de l'administration financière, le marquis de Paulmy réduit le cadre central existant à sa plus simple expression, le Conseil royal et les commissaires, en supprimant notamment les cours des comptes provinciales et les cours des aides (150). Quant au règlement du contentieux, il dénature une fois encore l'oeuvre paternelle puisqu'il en préconise la remise, pour une grande part, aux assemblées de district et aux États provinciaux qui remplacent respectivement les élections et les cours des aides (151). Les juges royaux et le Parlement, par la voie de l'appel, ne connaîtront que les affaires "assez importantes pour exiger de véritables procédures" (152). On peut y voir une anticipation partielle des mesures qu'adoptera l'Assemblée constituante dans la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790, puisqu'elle confiera aux directoires de district une grande part du contentieux administratif (153). Enfin pour ce qui est des impôts eux-mêmes, on ne retrouve pas dans l'édition de 1784 la proposition de l'instauration d'un don gratuit et d'un impôt unique, mais l'extension à tout le royaume du système de la taille réelle (154). Quant aux impôts indirects, aides, gabelles, et traites, ils sont maintenus mais leur perception est retirée aux fermiers pour être rendue aux États (155). Sur ce dernier point, l'opposition entre les deux éditions des "Considérations" est flagrante. Le texte de 1784 en effet est très sévère pour les fermiers généraux " qui ont leur intérêt direct et personnel pour mobile" (156). Il s'agit de nouveau d'une dénaturation circonstancielle du texte original puisqu'en 1780 Necker venait de mettre en régie les aides et les droits domaniaux jusque là affermés (157).
Tout compte fait, la hardiesse novatrice de la pensée d'Argenson en matière fiscale est largement émoussée dans le texte de 1784 tant y est évidente la volonté de rallier les diverses opinions de l'époque, celle des physiocrates, d'un Necker ou d'un Calonne comme celle des cours souveraines (158). Faut-il y voir la volonté du marquis de Paulmy de gommer les aspérités d'un plan de réforme trop contestataire pour l'époque ?

- On peut alors s'interroger sur l'apport d'Argenson. Dans le domaine de la réforme fiscale, il se révèle intéressant mais néanmoins fragmentaire. En effet, le ministre de Louis XV n'est en rien un spécialiste des finances qui ne constituent qu'un pan de son oeuvre. Les réformes fiscales qu'il propose ne sont qu'un moyen d'une réforme plus générale, celle de l'État. De plus, contrairement aux ouvrages de Boisguillebert

(147) M. Bordes, *L'administration provinciale et municipale en France au XVIIIème siècle*, op. cit., p. 115 ; R. Szramkiewicz et J. Bouineau, op. cit., p. 41.
(148) F. Burdeau, op. cit., p. 39.
(149) A. Esmein, op. cit., p. 7.
(150) *Considérations*, 1784, op. cit., chap. VII, art. XV, p. 218.
(151) Ibid : "...les commissaires des Etats provinciaux et ceux des assemblées de districts pouvant suffire à la décision de la plupart des affaires qui se portaient devant ces tribunaux et les terminer à moins de frais".
(152) Ibid.
(153) G. Sautel, op. cit., p. 175.
(154) *Considérations*, 1784, op. cit., chap. VII, art. XXX, p. 236.
(155) Ibid, art. XV, p. 217.
(156) Ibid, chap. VI, p. 185.
(157) F. Olivier-Martin, *Histoire du Droit...*, op. cit., p. 603.
(158) Madame Boulet-Sautel fait remarquer qu'il existe une véritable correspondance entre la teneur des articles du texte de 1784 et les griefs exprimés par les remontrances de la Cour des Aides entre 1756 et 1775 ("Un épisode de la lutte contre les prérogatives de l'administration : les Considérations du Marquis d'Argenson", op. cit., p. 750).

ou Vauban et plus tard ceux d'économistes véritables comme Quesnay ou Le Trosne, les "Considérations" ne comportent aucune précision technique sur l'établissement du rôle ou le calcul de l'assiette des impositions. L'auteur n'opère sur aucun échantillon (159). En ce sens, l'accueil réservée à l'oeuvre au XVIIIème siècle porte exclusivement sur son aspect administratif et politique qui suscite les réflexions de l'Abbé de Saint-Pierre (160), de Fontenelle (161), de Voltaire qui reconnaît en d'Argenson un absolutiste éclairé (162) comme de Rousseau qui le cite à plusieurs reprises dans le "Contrat Social" (163). Mais au-delà des appréciations des philosophes qui portent sur ses théories politiques, rien ne permet d'établir une quelconque influence d'Argenson sur les projets de réforme fiscale du XVIIIème siècle.

- A l'inverse, la modernité de certains aspects de son projet (164) laisse entrevoir une véritable corrélation entre l'oeuvre d'Argenson et l'action de l'Assemblée constituante en matière fiscale (165), dans la mesure où les réformes opérées entre 1789 et 1791 vont également dans le sens des principes dont il s'était fait l'avocat : l'égalité fiscale et la décentralisation. La nuit du 4 août voit l'abolition de la patrimonialité des offices (166) ainsi que des privilèges (167). Dès septembre 1789 la charge des contributions directes est étendue aux anciens privilégiés (168). De plus, la Constituante instaure l'autonomie municipale dont avait rêvée d'Argenson. La loi du 14 décembre 1789 rend les communes désormais maîtres de l'assiette, de la répartition et au moins de fait de la perception des impôts directs (169). Ainsi, par une ruse de l'histoire, la Révolution innove un système décentralisé de "démocratie" fiscale dont certains caractères avaient été esquissés par un grand commis de la royauté dans la première moitié du XVIIIème siècle. Les principes défendus en son temps par d'Argenson reçoivent également à partir de 1789 une valeur normative supérieure. En effet, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, consacre dans son article XIII, l'égalité et la justice fiscales (170). Et la constitution de 1791 précise dans son Préambule l'extinction des privilèges et de la

(159) Comme celui de la province de Normandie chez Vauban (R. Mousnier, *La dîme de Vauban*, op. cit., pp. 46-47.
(160) R. Villers, "Un républicain...", op. cit., p. 376.
(161) Ibid.
(162) Dans une lettre à d'Argenson du 21 juin 1739, Voltaire demande à ce dernier la permission d'envoyer le manuscrit des "Considérations" au prince royal de Prusse, le futur Frédéric II (*Correspondance...*, op. cit., p. 222).
(163) J. J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Garnier Flammarion, 1966 :
Livre I, chap. II, "des premières sociétés", p. 42 ; Livre II, chap. III, " si la volonté générale peut errer", p. 66 ; Livre II, chap. XI, " des divers systèmes de législation ", p. 89 ; Livre IV, chapitre VIII," De la religion civile", p. 178.
(164) Cette modernité est reconnue en 1764 par le fermier général Dupin qui signale à propos des "*Considérations*" "la distance immense qu'il y a de notre situation actuelle, à celle que l'on propose" (R. Villers, "Un républicain...", op. cit., p. 392.
(165) C'est d'ailleurs une idée avancée par R. Villers ("Un républicain...", op. cit., p. 387).
(166) F. Burdeau, op. cit., p. 47.
(167) G. Sautel, op. cit., p. 38.
(168)G. Sautel, op. cit., p. 203.
(169) F. Burdeau, op. cit., p. 54. - La répartition des impositions suit la pyramide administrative puisque le Corps législatif fixe sur proposition de l'exécutif un chiffre national qu'il répartit entre les départements selon leurs possibilités. Le conseil du département répartit entre les districts le montant de l'impôt à payer, et ceux-ci le font pour les communes. Les municipalités décident la taxation de leurs ressortissants (R. Szramkiewicz et J. Bouineau, op. cit., p. 166).
(170) art. XIII : "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre tous les citoyens , en raison de leurs facultés".

vénalité des charges (171), de même qu'elle éteint l'arbitraire de l'administration en matière fiscale (172).

*
* *

En définitive, d'Argenson est un des rares penseurs du XVIIIème siècle à avoir perçu l'idée républicaine mais, chose logique pour l'époque, il ne pouvait la concevoir de manière autonome. En réalité, il n'a rien d'un révolutionnaire ; c'est un absolutiste éclairé qui inclut cette idée républicaine dans un schéma favorable à une monarchie réformée, rationalisée et renforcée. Il n'est donc pas étonnant, d'autant que sa réforme fiscale n'est qu'un pan de sa réforme de l'État, qu'il n'apparaisse jamais dans les débats que les constituants menèrent sur les finances publiques (173). Pourtant, la consécration de certaines de ses idées par la Révolution française rehausse ce réformateur méconnu au rang des précurseurs de la fiscalité moderne.

(171) *Constitution du 3 septembre 1791*, Préambule, in *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier Flammarion, 1979, p. 35.
(172) Ibid, Titre V, "Des contributions publiques", art. 4, p. 65 : "- Les administrateurs de département et sous-administrateurs ne pourront ni établir aucune contribution publique, ni faire aucune répartition au-delà du temps et des sommes fixées par le Corps législatif, ni délibérer ou permettre, sans y être autorisés par lui, aucun emprunt local à la charge des citoyens du département".
(173) On peut en prendre pour exemple le discours du constituant Dupont de Nemours, intervenant le 6 janvier 1791 sur la nécessité d'une amélioration dans la perception de l'impôt, et citant ses inspirateurs, Quesnay, Turgot, Mirabeau père, La Rivière et Condorcet, mais passant sous silence d'Argenson (*Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, tome 22, p. 48).

DÉPÔT LÉGAL 3ème Trimestre 1993

I.S.S.N 0249 - 8731

— Hans-Peter SCHWINTOWSKI, Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : Conceptions et limites.

— Albrecht WEBER, La révision constitutionnelle en Allemagne après l'unification allemande et le Traité de Maastricht.

— Joseph PINI, Les « décisions administratives de droit privé ». Contribution à l'étude de la notion d'acte administratif.

— Jean-François POLI, La protection des biens culturels meubles par le droit communautaire.

— Claude GUEYDAN, La coopération européenne en matière de lutte contre le terrorisme.

— Caroline SILVESTRE, Le principe du contradictoire en procédure pénale.

— Itsuyo TAKIZAWA, Notion d'inopposabilité dans la publicité foncière. Réflexions sur le fondement du système français.

— Jean-Louis BEAUFORT, La nullité d'une cession de valeurs mobilières réalisée en violation de l'article 1 de la loi du 22 janvier 1988. Mythe juridique ou réalité ?

— Marc COTTINI, La détermination de la valeur vénale des fonds de commerce par la méthode comparative directe : La jurisprudence rigoureuse de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.

- Guillaume CHAMPY, La nature frauduleuse de l'accès à un système de traitement automatisé de données.

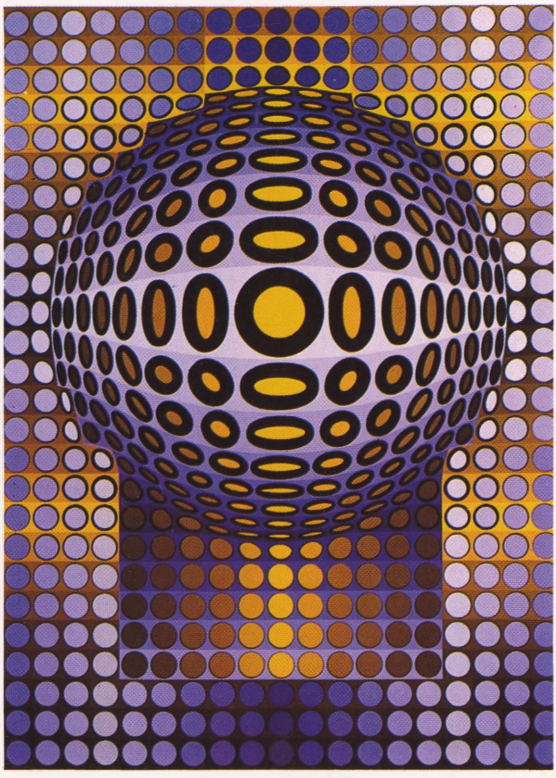
— Isabelle FREIJ-DALLOZ, La responsabilité en cas de paiement de chèques faux ou falsifiés.

— Eric GASPARINI - Un réformateur méconnu des finances publiques au XVIII[e] siècle : Le Marquis d'Argenson.

Aix - Imp. PAUL ROUBAUD - G

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 8

NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1993 - 4

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

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1993

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1993-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVIII - 55 (18ème année - 55e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (†)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN (†)	
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

*_*_*_*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL
D. BERRA
J. BOURDON
J.-Y. CHEROT
Y. DAUDET
Ch. DEBBASCH
Ph. DELEBECQUE
L. FAVOREU
M. FLORY
C. LOUIT
J. MESTRE
J.-L. MESTRE
C. MOULY
J.-Cl. RICCI
A. SÉRIAUX

ÉQUIPE DE RÉDACTION

L. FAVOREU
M. GARCIN
J. MESTRE
J.-L. MESTRE
J.-Cl. RICCI

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1993

Abonnement de Soutien : 600 F
Abonnement (France) : 400 F
Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 8 -

NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES

Cet ouvrage rassemble les actes du 3ème Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie juridique dont les travaux se sont déroulés à Rabat (Maroc) du 8 au 10 avril 1993.

Il convient d'exprimer ici une gratitude particulière à M. le Professeur M'hamed El Hatimi qui a assumé brillamment l'organisation de ce congrès.

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le Professeur Jean-Louis BERGEL, Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE : M'hamed EL HATIMI 1053

- Jean-Louis BERGEL, **Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques** 1055

PRÉSENTATION DE LA JURISPRUDENCE

- Jacques FRÉMONT, **La formalisation de l'évolution de la jurisprudence** 1065

- Patrick GLENN, **Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis*** 1073

- Jacques HÉRON, **L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle** 1083

- Constantin M. STAMATIS, **La concrétisation pragmatique des normes juridiques** 1091

- Nikolaos INTZESSILOGLOU, **L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel : un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés Européennes** 1103

- Olivier De SCHUTTER, **Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques** 1127

- Heinrich SCHOLLER, **La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence** 1163

- Alain DELCAMP, **Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français** 1173

- Françoise LEURQUIN-DE-VISSCHER, **Histoire d'un revirement. À propos de la responsabilité de l'État du fait des magistrats** 1197

LA JURISPRUDENCE ET LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES

- John P. ROONEY, **The methods by which judges utilize legal principles announced in past cases** 1209

- P. John KOZYRIS, **The lack of justiciability as a problem in recognizing positive social and economic rights** 1215

- Giovanna VISINTINI, **Rôle et nature de la jurisprudence.** Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence 1219

- Tomasz GIZBERT-STUDNICKI et Zygmunt ZIEMBINSKI, **Rôle de la jurisprudence dans la transformation du système juridique polonais contemporain** 1225

- Dirk BISCHOFF, **Current methodological tendencies in German Court Decision-Making** 1231

- Marc EKELMANS, **Le rôle de la jurisprudence dans la promotion des droits de la défense dans la matière des conflits de juridictions : l'exemple de l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles** 1235

ANALYSE INTERDISCIPLINAIRE DE LA JURISPRUDENCE

- Henri SIMONART, **La jurisprudence constitutionnelle en Belgique** 1243

- Philippe PEDROT, **Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée** 1255

- Valentin PETEV, **Jurisprudence et philosophie du droit** 1265

- Marie-Anne FRISON-ROCHE, **L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence** 1271

- Régine BEAUTHIER, **Jurisprudence et histoire du droit.** Considérations limitées et quelque peu impressionnistes en histoire du droit belge et français 1279

RAPPORT DE SYNTHÈSE

- Paul ORIANNE, **Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique** 1295

TABLES de l'année 1993 1313

PRÉFACE

Le Maroc, État de droit, promoteur des droits de l'homme et de la démocratie a eu l'honneur d'organiser, à Rabat, du 8 au 10 avril 1993, le 3ème Congrès international de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique dont le thème portait sur "***Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique***".

Lors de la préparation de ce troisième congrès, le groupe marocain a mis un accent tout particulier sur deux choses :

Au plan de l'organisation matérielle, le succès de cette manifestation a été rendu possible grâce à la contribution effective et généreuse des services du Premier Ministre, du Ministre de la Justice, du Ministre de l'Intérieur et de l'Information, du responsable de la Fondation allemande Hans-Seidel à Rabat, du PDG de la Royal Air Maroc sans oublier l'aide concrète et réelle du Président de notre Association et de la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat, Université Mohamed V qui nous a aimablement abrité.

Au plan de l'organisation scientifique, on peut dire que de l'ensemble des communications écrites qui nous étaient parvenues des différents groupes internationaux ainsi que des observations, remarques, suggestions et propositions qui en découlaient, l'idée maîtresse est qu'il était souhaitable que le thème de "***Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique***" soit focalisé entièrement sous l'angle de la méthodologie juridique. C'est ainsi que tout devait être ramené sous "*le processus de la transformation de simples décisions de justice en véritables normes juridiques*". De même, "*ce n'est pas la production jurisprudentielle de tel ou tel pays, dans tel ou tel droit qui est intéressante à relever, mais le processus selon lequel s'est effectué cette production, la manière dont il en est tiré parti et son articulation sur les autres domaines de la méthode du droit*".

Je laisse le soin au lecteur de saisir toute la richesse des idées et des réflexions que ce 3ème Congrès International a suscitées, notamment les dimensions méthodologiques de la jurisprudence.

Le 13 septembre 1993

M'hamed EL HATIMI
Professeur à la Faculté de Droit de Rabat (Maroc)
Organisateur du 3ème Congrès International
Vice-Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique

LE PROCESSUS DE TRANSFORMATION DE DÉCISIONS DE JUSTICE EN NORMES JURIDIQUES

Par

Jean-Louis BERGEL
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (France)

En donnant pour thème à ce congrès "Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique", ses organisateurs n'étaient pas sans arrière-pensée.

Il y a dans cet intitulé des singuliers significatifs !!

Il s'agit d'une étude méthodologique de la jurisprudence, au-delà des spécificités des divers ordres juridiques, destinée à établir une sorte de symbiose des sources du droit, par une approche globale du système juridique, en tant que tel.

Il est classique de se demander si la jurisprudence est une source du droit et si les juges créent du droit.

Cela préoccupe bien des juristes ("les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges", Travaux de l'Association Capitant, tome 31, 1980), car ces questions sont fondamentales pour l'étude des processus de formation du droit.

D'éminents auteurs soutiennent que la jurisprudence n'est pas une véritable source du droit, comparable à la loi ou même à la coutume, mais une simple "autorité" en droit (Carbonnier, Droit Civil, Introduction, n° 144). D'autres y voient, au contraire, une véritable source du droit.

Alors, de quel droit y aurait-il un droit des juges ? Le droit est-il produit par le juge ? Ou le juge est-il asservi au droit ? Le droit ne doit-il pas juger les juges qui se permettent de créer du droit ? Le juge a-t-il réellement le droit de créer le droit ?

Par quelle étrange alchimie, la solution ponctuelle donnée par le juge à des cas particuliers devient-elle une règle de droit ? Par le fait du droit ? Mais comment ?

C'est l'objet de la réflexion méthodologique plus originale, qui nous réunit ici.

L'étude méthodologique de la jurisprudence repose sur une problématique particulière : Quel est le processus de la transformation de simples décisions de justice en de véritables normes juridiques ?

Il y a là, en réalité, deux questions bien différentes dont le traitement varie suivant les systèmes juridiques : le processus de la production jurisprudentielle et l'utilisation de la jurisprudence dans la méthode de création, d'évolution et d'application du droit.

Ces questions ont suscité des réponses différentes dans les systèmes de type romano-germanique et dans les systèmes de type anglo-saxon.

Dans les systèmes légalistes, seul le législateur a le pouvoir de légiférer, autrement dit d'édicter des règles générales, permanentes et abstraites, parce qu'il est l'expression de la volonté nationale.

Le rôle du juge se limite alors à appliquer à tous les règles édictées par le pouvoir législatif. Cela témoigne d'une méfiance à l'égard des juges : "préservez-nous de l'équité des parlements", disait-on sous l'Ancien Régime. La révolution a ainsi voulu prohiber les "arrêts de règlement". Le juge ne doit pas statuer en équité, mais seulement en droit.

Dans les systèmes anglo-saxons, il en est autrement.

En droit anglais, les libertés ont été conquises par le juge... et non par la loi. Le droit s'est formé au gré des solutions prétoriennes ponctuelles que le juge doit maintenir au nom de la force obligatoire du "précédent".

Cette souveraineté du juge se retrouve en droit américain, même s'il y existe des textes et, avant tout, un "Bill of rights".

Une analyse sociologique de la jurisprudence dans les divers pays montrerait que la nature et le rôle de la jurisprudence dépendent de la place du juge dans la société.

Mais la place du juge dépend elle-même de divers facteurs.

Elle tient d'abord à son degré d'indépendance qui lui permet ou lui interdit d'imposer sa solution, sans se laisser domestiquer par les pouvoirs politiques.

A cet égard, elle résulte notamment des modes de recrutement du juge. Son autorité n'est pas la même selon qu'il est nommé par le pouvoir exécutif, comme dans le système français, même s'il y est initialement recruté sur concours, ou s'il est élu parmi des candidats dotés d'une compétence établie, comme aux États-Unis ou, en France, dans certaines juridictions d'exception (Tribunal de commerce, Conseil des prud'hommes....), ou encore s'il est choisi parmi des juristes chevronnés, selon leur qualité et leur autorité, comme en Angleterre.

Le prestige du juge dépend aussi, à certains égards, de son rang social, et notamment de sa rémunération.

Ainsi, l'autorité et le pouvoir créateur du juge français ne sont pas comparables à ceux du juge anglais....

D'un point de vue strictement juridique, l'autorité de la jurisprudence est tributaire de sa force obligatoire qui dépend elle-même de l'absence ou de l'insuffisance de la loi.

L'analyse interdisciplinaire de la jurisprudence, dans un pays comme la France, le montre bien.

La jurisprudence judiciaire s'y est développée sous l'autorité de la loi et y est restée largement inféodée.

La jurisprudence administrative, qui s'est au contraire délibérément affranchie du droit privé, s'est forgée de manière autonome, au point d'être, sans conteste, une véritable source de droit.

Mais, quel que soit le système considéré, les solutions jurisprudentielles finissent par s'imposer, au-delà des seules parties au procès, à l'ensemble de la communauté juridique et à tous les citoyens.

L'itinéraire qui conduit d'une simple solution ponctuelle à une véritable norme juridique démontre que la norme jurisprudentielle procède à la fois d'un phénomène de généralisation et d'un phénomène de sédimentation.

Ce processus de généralisation (I) et de sédimentation (II) de la jurisprudence est trop souvent méconnu.

I - LE PROCESSUS DE GÉNÉRALISATION

Dans les systèmes de droit écrit, les modes classiques de réalisation du droit, extraits des mécanismes d'application de la loi, résident dans le constant passage du général au particulier, de la règle générale et abstraite à la situation particulière et concrète à laquelle il faut l'appliquer.

L'émergence de la jurisprudence procède d'un mouvement inverse. Quand elles se transforment en normes juridiques, les solutions particulières données par les cours et les tribunaux s'assimilent à des règles générales.

Bref, l'avènement de la jurisprudence, contrairement à l'application de la loi, procède d'un passage progressif du particulier au général.

A - CONDITIONS DE LA GÉNÉRALISATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

La fonction essentielle du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis. Selon l'article 12 du nouveau Code de procédure civile français, il doit le faire "conformément aux règles de droit qui sont applicables" au litige. On observe que ce texte ne vise pas "les lois applicables", mais, plus généralement les "règles de droit". Cela pose la question de savoir si le juge peut créer lui-même la règle dont il fera l'application (Ghestin et Goubeaux, "Droit Civil, Introduction Générale" N° 421). Mais cela suscite des réponses variables.

Les pouvoirs conférés au juge par la Constitution ou la loi s'opposent, en principe, à toute force obligatoire et toute généralisation de la jurisprudence. La séparation des pouvoirs a pour corollaire d'interdire aux juges les "arrêts de règlement" que pratiquaient, en France, les Parlements de l'Ancien Régime.

L'article 5 du Code civil français dispose : "il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises". Ainsi, un tribunal qui énonce pour tout motif qu'il statue "conformément à sa jurisprudence" est illégal (Crim. 24 juillet 1967, J.C.P. 1968, II, 15339). Même les arrêts solennels de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sont des jugements à autorité relative et n'ont qu'un prestige de fait (Carbonnier, op. cit., n° 144).

Mais le juge tend à s'approprier des prérogatives régulatrices, même quand le système juridique ne les lui reconnaît pas. "Le gouvernement des juges", souvent dénoncé, est une réalité : selon le cas, il crée, suscite, complète ou érode les normes du droit positif.

Dans le système juridique français, le juge n'a le pouvoir, pour éviter le déni de justice (article 4 du Code civil), que d'interpréter la loi, de combler ses lacunes et de corriger ses insuffisances.

L'interprétation par le juge des règles écrites (Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, tome 29, 1978) fait incontestablement partie de "la fonction de juger" (Revue "Droits" 9.1989). Mais sa portée ne se limite-t-elle pas à la solution des litiges à l'occasion desquels elle intervient ? ou est-elle inéluctablement extrapolée à tous les cas relevant du texte interprété ? Dans certains pays, même de droit écrit, le juge a reçu une sorte de pouvoir para législatif. Le célèbre

article 1er du Code civil suisse dispose "A défaut d'une disposition légale applicable... et à défaut d'une coutume", "le juge prononce selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence".

On constate cependant que certaines solutions jurisprudentielles restent isolées, alors que d'autres se généralisent. C'est, à vrai dire, que "tous les précédents n'ont pas la même valeur" (Carbonnier, op. cit., n° 144).

La généralisation de la jurisprudence suppose en effet certaines conditions.

L'autorité maximale s'attache aux décisions émanant des juridictions supérieures (c'est le cas, en France, des arrêts de l'assemblée plénière, jadis des chambres réunies, de la Cour de cassation et du Conseil d'État, en assemblée). Dans d'autres pays, c'est le cas des décisions de la Cour suprême.

On distingue aussi des "arrêts d'espèces" et des "arrêts de principe". L'article L. 131-2 al. 2 du Code de l'Organisation Judiciaire Français dispose : "le renvoi devant l'assemblée plénière (de la Cour de cassation) peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes, soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation".

Les arrêts de principe ne sont pas seulement déterminés par des circonstances de fait. Ils consacrent à la question de droit un examen plus approfondi et donnent de la solution une formule générale (Carbonnier, ibidem). Ainsi, en France, à partir de l'article 1384, al. 1 du Code civil, la jurisprudence a consacré un principe général de la responsabilité du fait des choses, puis, récemment, un principe général de responsabilité du fait d'autrui.

La généralisation de la jurisprudence dépend aussi de son unité ou de sa diversité. On se demande toujours s'il existe une jurisprudence ou des jurisprudences ? A vrai dire, il finit par y avoir, sinon une jurisprudence unique, au moins une jurisprudence dominante et des arrêts de principe. La jurisprudence dominante procède de la répétition de la solution ou de l'autorité de la juridiction qui a statué. Il en résulte une probabilité très forte, qu'à l'avenir la question sera tranchée de la même façon du fait de l'autorité privilégiée que revêt la solution considérée.

Les "arrêts de principe" se caractérisent d'ailleurs par une certaine généralité et une certaine abstraction qui implique, par certaines formes et certaines solennités, un choix durable et général entre les diverses opinions soutenues. Il est toutefois difficile de distinguer les arrêts de principe des arrêts de règlement, en ce sens que les principes énoncés semblent se détacher de l'espèce, pour se présenter comme un règlement permanent (Atias, "L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé", J.C.P. 1984, I, 3145, n° 1).

Au-delà, la question se pose de savoir s'il existe une sorte d'autopoièse de la jurisprudence. Celle-ci se prête-t-elle vraiment, comme la loi, à l'interprétation ? Peut-elle s'extrapoler par interprétation ? Peut-on extraire l'évolution prétorienne de la règle de droit de la jurisprudence elle-même ?

B - LE PASSAGE DE L'EFFET RELATIF À UN EFFET NORMATIF DES DÉCISIONS DE JUSTICE

Le principe de l'autorité relative de la chose jugée (article 1351 du Code civil) a pour effet, normalement, d'empêcher le jugement de devenir une règle de droit. Il signifie que le jugement n'a d'autorité qu'entre les personnes qui ont été parties au procès et qu'il n'est pas opposable aux tiers. Ainsi, les décisions de justice semblent s'opposer aux règles de droit, dispositions générales qui s'imposent à tous.

Cependant, les Cours et Tribunaux font, en réalité, constamment référence aux précédents jurisprudentiels. Cette référence est suscitée par l'obligation faite au

juge, en droit moderne, de motiver sa décision et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation . Les motifs des décisions de justice doivent contenir le raisonnement juridique par lequel le juge est parvenu à la solution adoptée. En particulier, les motifs doivent exprimer l'interprétation donnée par le juge à la règle légale. Autrement dit, le jugement énonce la règle particulière appliquée au litige.

Par ailleurs, les tribunaux sont conscients de l'opportunité et de la nécessité de se référer aux précédents. Ceux-ci constituent des modèles et sont le résultat de débats et de réflexions antérieures déjà éprouvés. Quand les tribunaux statuent régulièrement dans le même sens, on peut supposer que la solution est bonne . La fixité de la jurisprudence qui résulte de la référence aux précédents engendre, en outre, la sécurité nécessaire aux relations juridiques. Des solutions ponctuelles désordonnées créeraient, en revanche, une incertitude dangereuse pour les justiciables qui ne pourraient pas connaître à l'avance le sens à donner à la loi.

La constance qui s'attache aux décisions de justice conduit même à restaurer la possibilité des arrêts de règlement qui comporte des solutions générales et ont, ainsi, l'avantage de décourager certains plaideurs d'encombrer la justice de litiges qui paraissent perdus d'avance. On ne peut qu'observer une résurgence des arrêts de règlement, à l'heure actuelle, en France et en Europe.

En France, un mécanisme de "saisine pour avis" du Conseil d'État fut récemment instauré par une loi du 31 décembre 1987. La loi du 15 mai 1991 a également institué, dans les mêmes termes, une procédure de "saisine pour avis" de la Cour de cassation par les juridictions du fond, sauf en matière pénale.

Ces procédures permettent aux juridictions, "avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges", de solliciter par une décision non susceptible de recours, "l'avis" du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (article 12, Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ; article L. 151-1 C.O.J.). Lorsque les juridictions du fond sollicitent un tel avis, elles sursoient à toute décision sur le fond de l'affaire. L'avis du Conseil d'État peut mentionner qu'il sera publié au Journal Officiel.

Les questions préjudicielles devant la Cour de Justice des Communautés Européennes procèdent du même esprit. L'article 177 du traité de Rome institue la possibilité par les juridictions de demander à la Cour de statuer sur l'interprétation du traité, par des "questions préjudicielles en interprétation".

"La Cour déduit de la lettre et de l'esprit du traité la signification des normes communautaires... pour assurer l'unité de l'interprétation du droit communautaire dans les États membres". Mais une juridiction nationale, si elle le juge opportun, peut déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation, (C.J.C.E., 27 mars 1963, Da Costa en Schaake, Aff. J. 28 à 30/62, Rec. p. 75 ; Dubouis et Gueydan, "Grands Textes de droit communautaires" B. 18).

II - LE PROCESSUS DE SÉDIMENTATION

La sédimentation est un mode de formation géologique, par couches successives créées par le dépôt de matières en suspension qui se solidifient et se cristallisent. La jurisprudence se forme aussi par la répétition de décisions de justice dont l'autorité s'affirme grâce à la hiérarchie des juridictions dont elles émanent.

Le processus de sédimentation de la jurisprudence revêt diverses formes (A) auxquelles correspondent les modes de normalisation des solutions jurisprudentielles (B).

A - FORMES DE SÉDIMENTATION DE LA JURISPRUDENCE

L'établissement de la jurisprudence procède d'abord d'une sorte de sédimentation interne.

Ce phénomène résulte d'abord de la superposition de la jurisprudence par juridictions. On observe une sorte de stratification des solutions consacrées par les juridictions inférieures, ancrées dans la réalité factuelle du litige, et celles des juridictions supérieures qui contrôlent leur conformité au droit positif et leur confèrent une autorité suffisante.

Par ailleurs, la jurisprudence cristallise, dans des matières diverses, des mécanismes et des concepts nouveaux qui finissent par s'établir, à force de se répéter. L'admission de la "due diligence" dans le droit des contrats, le droit professionnel, le droit des transports... en témoigne. De même, la reconnaissance de la responsabilité et de la faute en toutes matières, la consécration d'obligations de résultat dans des conventions diverses... témoignent de ce phénomène de cristallisation des solutions prétoriennes.

Ainsi, la répétition de solutions identiques conduit à une sédimentation d'un droit prétorien. Une multitude de solutions analogues, *agglomérées* les unes aux autres, établies par les tribunaux puis enregistrées et suivies par la pratique, finit par se cristalliser, comme la roche se forme d'innombrables sédiments.

On constate aussi une *sédimentation externe* de la jurisprudence par une sorte d'agglomération des solutions prétoriennes aux autres sources de droit. La jurisprudence est à la loi ce que les condiments sont aux aliments. Elle est pour la pratique une référence permanente et incontournable. La jurisprudence permet, en effet, de préciser, d'interpréter, de compléter ou d'appliquer les autres sources du droit.

Mais elle contribue aussi à créer ou consacrer de nouvelles normes. C'est d'elle, par exemple, que procède la reconnaissance des principes généraux du droit. Ceux-ci, en suspension dans le système juridique, sont révélés par la jurisprudence et appliqués par elle. Ils sont extraits, par induction, de leurs manifestations particulières et, une fois consacrés, constituent la charpente même de l'édifice juridique.

Ainsi, la jurisprudence consiste bien en solutions généralement données par les tribunaux à des questions de droit : selon le Doyen Carbonnier (op. cit., n° 142), "c'est un aspect de la grande loi de continuité et d'imitation, sans laquelle le droit serait inexplicable : en présence d'une question de droit qui se reproduit fréquemment, les tribunaux prennent plus ou moins vite l'habitude de juger de semblable manière (ils assurent d'ailleurs, ce faisant, l'égalité entre les justiciables). Aussi, peut-on conjecturer que, dans l'avenir, un tribunal, saisi de cette même question, la jugera de même" et ce, bien qu'il n'y soit pas obligé, en droit.

B - MODES DE NORMALISATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Ce sont les arguments d'analogie et d'autorité qui concourent à conférer sa force à la jurisprudence.

Dans les systèmes juridiques traditionnels, la force régulatrice des traditions domine l'organisation sociale et le système juridique. Dans les systèmes de "Common Law", la formation du droit prétorien est enracinée grâce à la règle du précédent. Dans les systèmes de "Civil Law" le juge, serviteur de la loi, la façonne et la fait vivre, au point d'en dominer finalement le sens et la portée.

Mais le choc des cultures juridiques n'est qu'apparence. Des voies fondamentalement différentes conduisent partout, semble-t-il, à reconnaître un caractère normatif à la jurisprudence ... Seuls, les modes de normalisation diffèrent.

Dans les systèmes de Common Law, le droit procède essentiellement de la force propre de la jurisprudence. On y reconnaît, en droit, une portée générale à certaines décisions judiciaires parce que la règle juridique qui y est énoncée s'impose en principe, à l'avenir, à la juridiction même qui a statué et à toutes les juridictions inférieures. On dit qu'elle constitue un précédent obligatoire, si bien que les tribunaux doivent s'en tenir à ce qui a été décidé (stare decisis). La jurisprudence y forme ainsi la véritable source des règles de droit.

Mais ce principe s'applique différemment selon les pays. En Angleterre, la force obligatoire des précédents fait l'objet de règles très précises. Seules, s'imposent les décisions rendues par la Chambre des Lords, la Cour d'appel, ou la High Court of Justice.

C'est le principe juridique constituant le soutien nécessaire de la décision (ratio decidendi), et non les explications accessoires du juge (obiter dicta), qui revêt une véritable autorité. Ce principe ne s'impose ensuite au juge que dans des cas semblables et dans des circonstances identiques, si bien que le juge, procédant par distinction, peut échapper, dans des situations nouvelles, à l'application des solutions antérieures, ce qui permet à la jurisprudence d'évoluer.

Aux États-Unis, en revanche, le principe du précédent est beaucoup plus souple. Certes, les juridictions inférieures respectent normalement les solutions énoncées par des juridictions supérieures. Mais les Cours suprêmes des États, tout en respectant normalement leurs propres précédents, se reconnaissent le droit de s'en écarter. La Cour suprême fédérale bénéficie aussi d'une liberté comparable.

Dans les systèmes continentaux, la jurisprudence n'a qu'une force dérivée et non une force obligatoire propre. Une juridiction n'est jamais liée par sa propre jurisprudence. Les revirements et les glissements sont toujours possibles. Elle n'est pas plus soumise à celle des autres juridictions, fût-ce celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sauf en cas de renvoi par celle-ci à une troisième Cour d'appel. Comme l'écrit encore le Doyen Carbonnier, "on a beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche par couche, on n'aura jamais que des solutions particulières sans rayonnement au dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels" (Carbonnier, op. cit., n° 144).

Et pourtant !

L'autorité et la répétition de solutions jurisprudentielles finissent par les cristalliser et les imposer. Elles ne s'imposent pas en droit. Mais, en se les appropriant et en s'y référant puis en les consacrant, l'ensemble des tribunaux finit par s'y soumettre, comme ils se soumettent à de véritables règles de droit.

La jurisprudence acquiert ainsi une force obligatoire dérivée. Il n'est pas douteux qu'un phénomène de répétition et de continuité est inhérent à la jurisprudence. C'est, dit encore le Doyen Carbonnier, un "agrégat d'arrêts" que consacrent ou que peuvent même provoquer souvent des arrêts particulièrement décisifs d'une juridiction supérieure.

Un arrêt isolé "ne fait pas jurisprudence" ! La normalisation des solutions jurisprudentielles suppose une volonté délibérée de créer du droit, une expression solennelle de la règle établie et une constance suffisante des solutions retenues.

En définitive, les justiciables, actuellement submergés de textes, ont besoin de savoir à l'avance le sens des lois. L'interprétation jurisprudentielle participe de la généralité de la loi elle-même. La force obligatoire de la jurisprudence répond à l'exigence de l'égalité devant la justice, qui implique que chacun soit traité comme tous les autres qui se trouvent dans une même situation. Les raisons qui commandent la généralité de la loi imposent aussi la généralité de son interprétation.

Ainsi, la jurisprudence doit avoir une force obligatoire suffisante pour assurer cette généralité. Puisque l'interprétation et l'application du droit par les tribunaux sont elles-mêmes créatrices de droit, leurs décisions ne sauraient être purement ponctuelles et finissent, à certaines conditions, par revêtir inéluctablement un caractère normatif.

R.R.J. 1993-4
Pages 1063 à 1206

PRÉSENTATION

DE LA JURISPRUDENCE

LA FORMALISATION DE L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

Par

Jacques FRÉMONT (*)
Chercheur, Centre de recherche en droit public, Professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal (Canada)

1 - INTRODUCTION

Edwina Rissland, dans un article récent (1) décrivait certaines des caractéristiques qui font du droit un secteur particulièrement riche pour la recherche en intelligence artificielle. Parmi ces caractéristiques, on note entre autres le fait que le raisonnement juridique soit multi-modal, c'est-à-dire qu'il s'appuie tant sur des règles que sur des précédents, des lois, des principes ainsi que des connaissances de sens commun. Cette auteur note par ailleurs que le droit jurisprudentiel possède un style particulier de raisonnement et de justification, auquel se greffe la règle du *stare decisis*. Enfin, outre que le droit fournisse rarement des réponses claires, il est caractéristique de cette discipline que ses règles sont aptes à évoluer au fil du temps (2). Cette dernière caractéristique nous paraît particulièrement importante.

Les systèmes experts juridiques, s'ils doivent un jour être fonctionnels, doivent être à même de tenir compte et de gérer les caractéristiques du droit. Ils devront donc avoir la capacité de raisonner à partir de cas réels et hypothétiques ainsi qu'en fonction des règles applicables. Ces systèmes devront par ailleurs être capable de combiner divers types de raisonnement ainsi que d'intégrer en leur sein les modifications qui surviennent invariablement aux bases de connaissances juridiques ; enfin, ils devront gérer le caractère non-monotone du droit, c'est-à-dire les modifications en vertu desquelles les vérités existantes peuvent ne pas subsister à cause d'une évolution des connaissances (3).

Nous avons récemment affirmé que la dynamique du changement du droit -et donc de son évolution- constitue une de ses caractéristiques les plus fondamentales

(*) Je remercie Monsieur Daniel Poulin du Centre de Recherche en droit public pour ses commentaires éclairants, les erreurs demeurant les miennes.
(1) *Artificial intelligence and Law : Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning*, (1990) 99 Yale L.J. 1957.
(2) Id., p. 1961.
(3) Id., p. 1963.

(4), et est par conséquent une caractéristique que chaque juriste a intuitivement à gérer, entre autres au chapitre de l'évolution des bases de connaissance reposant sur la jurisprudence. De façon plus concrète, les juristes sont constamment appelés à mettre à jour leurs connaissances, soit à la suite de modifications explicites des règles de droit, soit à la suite de décisions judiciaires ou autres qui viennent modifier l'état du droit relativement à une question donnée.

Notre examen de la question de la modification du droit, en nous situant dans un contexte de droit statutaire jurisprudentiel, nous amenait à conclure que la réflexion était embryonnaire et insuffisante afin de permettre de modéliser de façon adéquate le phénomène de l'évolution de la jurisprudence : "Case-based reasoning does not provide a definitive solution, but can contribute to the development of systems better able to deal with change when this is the result of changes in caselaw which do not introduce new concepts" (5).

Le but des pages qui suivent est de contribuer à cette réflexion embryonnaire visant à développer une méthodologie adéquate de formalisation du phénomène de l'évolution de la jurisprudence. Le défi est donc celui d'élaborer une méthodologie de représentation du raisonnement à partir de la jurisprudence ("case-based reasoning") qui prenne en compte ces phénomènes. C'est dans ce contexte que nous tenterons de dégager certaines des caractéristiques propres a assurer la mise au point de méthodes prometteuses de formalisation de la jurisprudence. Le système idéal, tout comme le juriste, doit être à même de gérer l'évolution du droit en mettant à jour lui-même sa base de connaissances et donc en étant apte à reconnaître les précédents lorsqu'ils se présentent et à intégrer ces changements dans sa base de connaissance. La question revient donc en partie à celle de reconnaître un précèdent lorsqu'il y en a un. à déterminer sa portée et à en tenir compte à l'avenir, le cas échéant.

2 - CERTAINES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT JURISPRUDENTIEL STATUTAIRE

On conviendra que la représentation du droit jurisprudentiel développé à partir de normes statutaires impose une approche réductionniste de la complexité du phénomène. Parmi les caractéristiques simplificatrices dont il faudra tenir compte, nous discuterons succinctement de la question de l'applicabilité de la doctrine du précèdent en droit statutaire. de la distinction à apporter entre le droit et les faits ainsi que du type de raisonnement utilisé dans ce contexte.

Les règles de droit d'origine statutaire (c'est-à-dire dans un contexte de droit anglo-saxon, le droit légiféré, par opposition au droit d'origine strictement jurisprudentielle, le "judge-made-law") sont en général définies de façon essentiellement abstraite et sans référence particulière aux faits. Dans ce contexte, il revient alors inévitablement aux instances en charge d'appliquer une règle (et éventuellement aux instances chargées du contrôle de cette application de la règle) de déterminer sa portée précise par rapport à des faits concrets. Le raisonnement fondé sur la jurisprudence se trouve donc à combler le fossé qui existe entre la règle de droit abstraite et les faits concrets des différentes causes. Or, on sait que dans ce contexte, la décision prise dans une affaire à l'égard de faits concrets particuliers n'est pas sans pertinence sur l'interprétation qui doit être donnée, toujours dans le même contexte statutaire, par rapport à d'autres faits plus ou moins semblables.

---

(4) Bratley, Frémont, Mackaay et Poulin, *Coping with Change*, IIIrd International Conference on Artificial Intelligence and Law, Oxford 1991, Proceedings, ACM, p. 69.
(5) Id., p. 74.

La délicate question de déterminer jusqu'à quel point la doctrine des précédents si chère aux régimes juridiques d'origine anglo-saxonne s'applique dans le contexte d'interprétation statutaire doit être soulevée (6). Pour les fins du présent exposé, nous prenons pour acquis qu'à toutes fins pratiques la doctrine des précédents trouve application dans un contexte statutaire. Comme le précisait Lord Denning dans *Paisner c. Goodrich* (7) : "When the judges of this court (the Court of Appeal) give a decision on the interpretation of an act of Parliament that decision itself is binding on them and their successors. But the words which the judges used in giving a decision are not binding. This is often a very fine distinction, because the decision can only be expressed in words. Nevertheless, it is a real distinction which will best be appreciated by remembering that, when interpreting a statute, the sole function of the court is to apply the words of the statute to a given situation. Once a decision has been reached on that situation, the doctrine of precedent requires us to apply the statute in the same way in any similar situation ; but not in a different situation. Whenever a new situation emerges, not covered by previous decisions, the court must be govemed by the statute and not by the words of the judges."

Il reste que dans une telle situation, ainsi que le confirmait Lord Reid dans la même affaire, "...when the Court of Appeal has laid down a test, that test ought to be followed in all cases which do not present substantial relevant differences". Cross et Harris ont interprété ce dictum comme signifiant "that the judge in a subsequent case should have regard to the words used by the previous judge in order to determine whether there are relevant differences between the facts of the two cases" (8) et ont rappelé les propos de Lord Reid dans l'affaire *London Transport Executive v. Betts* (9) qui sont à l'effet que "there is no difference, so far as the binding force of the *ratio decidendi is* concerned, between a decision on the construction of a statute and a decision on any other point of law." (10).

Il devient donc tout à fait pertinent dans le contexte de l'interprétation statutaire d'identifier les précédents et d'être à même de préciser si une nouvelle affaire tombe sous le coup d'un précédent ou si celui-ci ne doit pas plutôt servir de guide pour appliquer la norme statutaire aux nouveaux faits.

Dans le contexte de l'élaboration d'une méthodologie de formalisation du phénomène de l'évolution de la jurisprudence d'origine statutaire, on devra donc tenir compte des relations entre les faits et les règles de droit applicables. A cet égard, il convient de préciser qu'il n'y a pas nécessairement de différence conceptuelle entre la gestion des règles de droit auxquels les systèmes experts nous ont habitué et le type de précédents qui nous intéresse. Dans les deux cas une relation est exprimée entre les faits et une règle de droit, relation qui mènera éventuellement à une conclusion ; dans ce dernier cas cependant. les faits seront exprimés non pas de façon abstraite, mais plutôt de façon descriptive. Dans chaque cas, la gestion des règles ou des précédents permettra d'en arriver à des conclusions applicables aux nouveaux cas, permettant à leur tour de transformer ces nouveaux cas en précédents.

C'est pourquoi il importe, croyons-nous, d'articuler la question de la formalisation du phénomène de l'évolution de la jurisprudence statutaire précisément à partir des distinctions traditionnellement apportées entre les questions de droit et les questions de faits. Conscients des nombreuses critiques inhérentes à l'adoption

(6) Sur cette question, voir Cross and Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 177.
(7) (1955) 2 Q.B. 343, à la p. 358, tel que cité par Cross et Harris, Id., à la p. 178.
(8) Id., p. 180.
(9) (1959) A.C. 211, 232.
(10) Supra, note 7, p. 180.

d'une telle approche, celle-ci s'impose néanmoins, du moins pour les fins de la présente discussion.

Il nous faut par ailleurs, toujours pour les fins de notre discussion, présumer du caractère essentiellement déductif du raisonnement utilisé afin de régler tout cas donné. Quoique le raisonnement inductif soit peut-être possible dans certains secteurs du droit, il nous semble qu'il existe un certain consensus au sujet de l'applicabilité, en règle générale, des traditionnels raisonnements déductifs en vertu desquels pour tels faits et telle règle de droit, telle conclusion pour un cas donné (11). Évidemment, dans le contexte de jurisprudence statutaire qui nous intéresse, le raisonnement déductif se trouve forcément complété par le recours au raisonnement analogique qui vise à déterminer si le précédent est applicable aux nouveaux faits. Quoiqu'à cet égard encore la théorie du droit convienne que le coeur de la démarche demeure analogique, il reste difficile d'identifier précisément comment le processus analogique fonctionne effectivement.

Toujours dans le contexte de la jurisprudence statutaire. il convient enfin de présumer que le système est globalement capable de gérer différentes caractéristiques de la jurisprudence telles celle de l'élément temporel, de la règle du *stare decisis* ainsi que la distinction qu'il convient d'apporter entre la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum* d'une affaire. Ces aspects ne font pas l'objet de la présente discussion. A partir des caractéristiques et de l'approche précisée précédemment, il reste maintenant à examiner comment il est possible de représenter le phénomène de l'évolution de la jurisprudence statutaire.

3 - LE PHÉNOMÈNE DE L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE ET SES HEURISTIQUES

Lorsque la jurisprudence en matière de droit statutaire évolue, elle le fait lentement, en se modifiant plus ou moins imperceptiblement d'une affaire à l'autre, en prenant généralement pour appui une affaire antérieure que l'on choisit d'appliquer ou d'ignorer. Le juriste est alors inconsciemment appelé à ajuster sa compréhension de l'univers jurisprudentiel à partir des changements qui peuvent se produire entre deux jugements.

Dans bien des cas, le juriste ne fera que considérer qu'une nouvelle affaire applique de façon conventionnelle une règle de droit, en étendant sa portée -ou en refusant de la faire- à de nouveaux faits. Dans d'autres cas, le juriste considérera probablement le jugement comme plus important s'il a pour effet de contredire la façon avec laquelle une règle de droit est généralement comprise et appliquée ou encore si la décision modifie l'approche qui doit être adoptée à l'égard de l'interprétation d'une disposition statutaire. Il est manifeste que dans ces cas. Les résultats d'une affaire importeront moins que le raisonnement utilisé pour y parvenir.

Il semble donc que l'on doive distinguer. à l'égard du phénomène de l'évolution du droit jurisprudentiel statutaire entre l'extension de la portée de la règle et la modification de la règle elle-même. Nous croyons qu'il y a moyen, précisément à partir de la démarche que nous venons de décrire, de dégager des éléments utiles à la formalisation du phénomène.

Pour les fins de notre discussion, établissons le tableau suivant à partir des différentes permutations possibles des éléments de base du raisonnement déductif classique applicable en matière de jurisprudence statutaire :

(11) Susskin, Richard, *Expert Systems in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 163 et ss.

FAITS	DÉCISIONS	RÈGLE DE DROIT
1. faits identiques	décision identique	même règle de droit
2. faits identiques	décision différente	même règle de droit
3. faits identiques	décision identique	règle de droit différente
4. faits identiques	décision différente	même règle de droit
5. faits différents	décision identique	même règle de droit
6. faits différents	décision différente	même règle de droit
7. faits différents	décision identique	règle de droit différente
8. faits différents	décision différente	règle de droit différente

On aura compris à la lecture de ce tableau que l'on présume, dans le contexte de la jurisprudence statutaire, qu'il ne se dégage qu'une seule règle de droit d'un précédent et que celle-ci peut demeurer inchangée ou évoluer par le biais du processus jurisprudentiel subséquent. Nous omettrons donc pour les fins de la présente discussion la possibilité que la règle de droit évolue de façon explicite par la voie d'amendement législatif ou réglementaire, ce qui impliquerait impérativement une modification de la base de connaissance. Enfin, le résultat de la décision qui aura été prise sera soit identique à celui de la décision ayant valeur de précédent, soit différent. ce qui dans chaque cas fournira des renseignements pertinents au système.

Un certain nombre d'heuristiques se dégagent de cette façon de présenter les choses.

A - L'évolution du droit par la constatation devant des faits identiques, d'une décision différente. En présence de faits identiques, mais d'une décision différente (n° 4), il faut alors normalement présumer que la règle de droit a évolué ; dans ce cas, la nouvelle affaire risque de constituer un précédent -ou tout au moins ce que l'on pourrait appeler un "précédent concurrent" avec l'ancien précédent. Le système portera une attention particulière à cette éventualité, puisqu'il devra mettre sa base de connaissance à jour en intégrant ce qui constitue en toute vraisemblance une évolution de la règle de droit. Il convient par ailleurs de mentionner qu'il est peu probable qu'en présence de faits identiques et d'une décision différente, il y ait néanmoins une règle de droit inchangée (n° 2) : il faudrait alors conclure qu'une des deux décisions est invalide pour cause d'erreur ou d'incohérence, sans qu'il ne soit possible, à ce stade, d'identifier laquelle. Seules d'éventuelles décisions pourront nous renseigner à cet égard.

B - La non-évolution du droit par le renforcement d'un précédent Il s'agit de la possibilité la plus simple (n° 1). Si on a des faits identiques et la même décision dans un cas que dans l'autre, rien ne permet de croire que la règle de droit a changé. Dans un tel cas, la nouvelle affaire ne constitue pas un précèdent, mais plutôt un renforcement de celui-ci. Il n'y a alors pas d'évolution, ni au plan de la portée de la règle ni à celui de la règle elle-même. Cette situation peut cependant receler une autre réalité qui fait l'objet de l'heuristique suivant.

C - Du renforcement d'un précédent à la modification de la règle de droit applicable. Un problème beaucoup plus sérieux est celui, en présence de faits identiques et d'une décision inchangée, de déterminer si la plus récente décision n'a pas néanmoins eu pour effet de faire évoluer la règle de droit (n° 3). Le système ne

possède alors aucun indice à l'effet que la règle de droit applicable ait évolué. Dans un tel contexte, il nous semble qu'une règle de droit ayant été modifiée finira éventuellement par produire des effets différents ; le système devra alors soit a) attendre la production d'effets différents afin de pouvoir soupçonner l'évolution de la règle (n° 4) ou b) identifier de telles éventualités pour les cas où les faits devraient par analogie produire les mêmes effets, alors qu'ils ne le font effectivement pas (n° 8). Autrement dit, dans une telle éventualité, l'élément significatif sera la règle de droit modifiée même si celle-ci n'a pas encore produit de conséquences différentes.

D - L'extension de la portée factuelle d'une règle de droit par le recours au raisonnement analogique. Enfin, la présence de faits non-identiques dans le contexte de l'application d'une règle de droit pose la difficile question de déterminer si les nouveaux faits peuvent être assimilés par analogie aux faits du précédent. Il faut dans ces cas présumer que la règle de droit est demeurée inchangée. Si le raisonnement analogique réussit, la décision sera vraisemblablement la même (n° 5) et le droit n'aura évolué qu'à l'égard de la portée factuelle de la règle de droit, à moins que nous nous retrouvions dans la situation décrite précédemment à l'heuristique C et que la règle de droit ait néanmoins été modifiée sans pour autant produire d'effets différents (n° 7) ; dans ce cas, l'heuristique C demeure valable. Par contre et toujours en présence d'un raisonnement analogique réussi, si la règle de droit qui est présumée inchangée produit une décision différente (n° 6), c'est alors probablement (outre l'échec du raisonnement analogique) que le précédent ou la nouvelle décision est erronée ; il s'agit alors d'un cas semblable au n° 2. Enfin toujours dans le contexte d'un cas ou le raisonnement analogique est applicable, le fait qu'une décision différente ait été rendue indique en toute vraisemblance une évolution de la règle de droit elle-même (n° 8). En bref, les heuristiques A, B et C demeurent valides lorsque les faits peuvent analogiquement être assimilés aux faits du précédent 13.

4 - CONCLUSION

Au plan du phénomène de l'évolution du droit, il nous faut conclure de ces heuristiques qu'il y a probablement moyen de dégager une méthodologie qui permette à un système de gérer plus ou moins automatiquement l'évolution du droit relatif à une disposition statutaire. Ce système, pour l'essentiel, serait apte à distinguer entre les cas d'évolution de la portée factuelle d'une règle de droit et les cas où la portée juridique de la même règle de droit serait en cause.

On doit donc considérer qu'il y aura évolution de la portée factuelle de la règle de droit, surtout dans les cas de la situation n° 5 alors que des faits non-identiques ont provoqué, par extension analogique, une décision qui demeure la même ; il s'agit d'un cas typique d'évolution de la portée factuelle de la norme. La situation n° 1 n'a pas valeur de précédent car elle est en tous points identique au précédent lui-même ; la situation n° 2 est probablement une erreur, à moins que le précédent original ne soit lui-même erroné ; dans le cas de la situation n° 6, on peut sans doute présumer que la portée de la règle n'est pas modifiée. Dans chacun des cas où la portée factuelle de la règle de droit est effectivement modifiée, on doit considérer que la modification de la règle de droit est non-structurelle et qu'il s'agit plutôt d'un inévitable ajustement qui témoigne d'une évolution essentiellement incrémentale de la portée de la règle de droit.

Par contre, dans les cas où il s'agit plutôt d'une modification de la portée juridique de la règle de droit, le système doit alors s'inquiéter de l'effet de la règle modifiée sur la base de connaissances. Celle-ci peut et, le cas échéant doit subir une

mise-à-jour partielle ou complète (dans des cas extrêmes). L'ordre juridique positif est alors modifié et le système en tient compte.

Cette discussion rappelle, nous semble-t-il, jusqu'à quel point le phénomène de l'évolution de la normalité juridique en général et dans un contexte statutaire en particulier est incontournable. Si les lois et les règlements constituent, au-delà de leur texte, des normes, il paraît manifeste que les décisions jurisprudentielles qui les appliquent engendrent elles-mêmes des nouvelles normes. Ce phénomène d'engendrement normatif est inévitable puisqu'il se situe au niveau de l'application du droit aux faits. Il a été qualifié par certains de génération automatique de normes (12), engendrement qui doit pouvoir être géré adéquatement.

(12) Prochazka, Jaroslav, *Normative Theorie und Rechtserzeugung*, dans Die Brünner rechtstheoritische Schule (Normative Theorie), Ed. V. Kubes & O. Weinberger, 304-23, tel que cité dans O. Weinberger, *The Theory of Legal Dynamics Reconsidered*, (1991) 4 Ratio Juris 18.

SUR L'IMPOSSIBILITÉ D'UN PRINCIPE DE *STARE DECISIS*

Par

H. Patrick GLENN
Titulaire de la chaire Peter M. Laing, de la Faculté de droit et l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal (Canada)

Dans l'histoire du droit la notion de *stare decisis* -qui nous enseigne que la décision judiciaire donne lieu à une règle de droit qui doit être suivie à l'avenir- semble limitée à la tradition de la common law. L'on peut même voir la notion de *stare decisis* comme élément essentiel de cette tradition, élément qui la distinguerait des autres traditions juridiques selon lesquelles le rôle du juge, et de ses décisions, est plus restreint. Ce qui est moins évident, et moins connu, c'est que la notion de *stare decisis* a joué un rôle limité et exceptionnel dans l'histoire de la common law, rôle qui serait en train de diminuer rapidement en importance de nos jours. La notion de *stare decisis* serait donc un phénomène passager dans l'histoire du droit, qui n'a pas su s'imposer même dans une tradition juridique très accueillante. Il y a des raisons importantes -de caractère structurel et institutionnel- pour ce *succès* seulement passager. Nous croyons, effectivement, que le principe de *stare decisis* serait impossible à soutenir autrement que dans les conditions particulières de la common law à la fin du XIXe siècle. Ces conditions étant largement éteintes aujourd'hui, il vaudrait mieux écarter la notion de *stare decisis* de toute analyse, descriptive ou normative, de la jurisprudence à l'avenir.

Nous essayerons d'établir la justesse de ces propos en analysant successivement : I - Le rôle de la jurisprudence dans la formation de la common law ; II - L'effet des reformes du XIXe siècle ; et III - Le déclin (inévitable) de la notion de *stare decisis* en droit contemporain.

I - LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA FORMATION DE LA COMMON LAW

L'absence d'un principe de *stare decisis* pendant les premiers huit siècles de l'existence de la common law était très liée aux caractéristiques fondamentales de cette tradition juridique. Il faut rappeler qu'il s'agissait d'un droit de caractère exceptionnel, qui a dû être construit laborieusement, à partir de sa base dans la monarchie normande, en s'insinuant dans une plénitude d'institutions juridiques préexistantes. A travers son histoire la common law a toujours été marquée par les circonstances politiques qui prévalaient lors de sa genèse. Ainsi la saisie d'une cour royale de

common law nécessitait toujours l'autorisation explicite du Chancelier sous forme d'octroi d'un *writ* ; le pouvoir décisionnel était toujours partagé entre le juge, ambulatoire, et le *jury* local, dont la participation assurait l'enracinement social de cette nouvelle forme de justice ; le nombre de juges était toujours fort restreint, reflet de leur rôle qui consistait surtout à faire respecter l'adhérence au bref initialement choisi avant de renvoyer la cause au jury ; le droit écrit était de caractère processuel, désignant les circonstances qui permettaient l'accès au jury, qui contrôlait lui le fond du droit de façon informelle, opaque et essentiellement incontrôlable ; la justice royale s'arrêtait en première instance -aucune hiérarchie de tribunaux permettait de penser en termes de directives judiciaires venant d'en haut ; la notion du droit subjectif manquait nécessairement, tout comme la notion du droit substantiel.

Dans son ensemble la common law présentait la *possibilité* d'un remède royal, dans un cadre processuel où le résultat final dépendait de la sagesse informelle de la communauté. La plupart des différends étaient cependant résolus à un niveau purement local, sans même invoquer cette justice exceptionnelle. C'est le cas toujours en Angleterre que la justice des magistrats, non professionnels, permet de résoudre la plupart des litiges sans saisir un juge de la cour dite supérieure.

Il est évident que ce droit de caractère processuel n'était pas compatible avec la notion de *stare decisis* telle qu'elle est entendue à l'époque contemporaine. La règle de droit issue de la décision judiciaire contemporaine serait une règle de droit substantiel, qui s'adresse directement à l'individu en explicitant ses droits ou ses obligations. Tout le droit, selon cette conception moderne, serait d'application immédiate ; aucun filtrage processuel ne serait nécessaire en principe pour comprendre et définir le fond du droit. Le droit préexiste le juge ; son rôle serait de l'appliquer. Si dans la tradition de la common law l'acte de juger serait un acte créateur de droit il n'empêche, selon la théorie moderne, que des règles de fond existent dans tous les cas. Le juge de la common law peut donc appliquer des règles de fond, issues du processus de jugement dans le passé. Rien de pareil n'était possible pour le juge de la common law à travers la plus grande partie de son histoire. Dans l'absence de l'idée même de droit substantiel, la règle de droit substantiel issue d'une notion de *stare decisis* était impossible (1).

Cependant il y avait d'autres raisons, plus subtiles, pour l'absence d'un principe de *stare decisis* dans l'histoire de la common law. Car si ce droit était de caractère processuel, l'on a pu concevoir un principe de *stare decisis* en matière de droit processuel. La décision du juge, permettant ou non une question précise à être soumise au jury, a pu être vue comme constitutive d'une règle de droit, de caractère processuel bien sûr mais néanmoins de caractère juridique et présentant une très grande importance pour le développement du droit (2). Dans une grande mesure c'était l'exercice intellectuel effectué au XIXe et au XXe siècle, quand le moule processuel de la common law est devenu converti en règles de caractère substantiel. Il a

(1) C'est la cas pour l'ensemble du droit privé, devant les tribunaux de la common law. En matière du droit administratif, où la décision du juge représentait le droit, il faut chercher d'autres raisons, plus larges, pour l'absence de la notion de *stare decisis*. Voir la discussion *infra*, et pour l'histoire du droit administratif, Jaffe & Henderson, "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins" (1956) 72 L.Q.R. 345. Devant la Cour du Chancelier, il y avait aussi une certaine tendance vers l'emploi de précédents, du moins vers les XVIIe et XVIIIe siècles, vu que la Chancelier statuait sur le fond. Voir G.R.Y. Radcliffe & G. Cross, *The English Legal System*, Londres, 1954, à la p. 136 ; D. Lieberman, *The Province of Legislation* Determined [:] *Legal theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge, 1989, aux p. 81, 83. Cependant le caractère flexible de l'intervention du Chancelier empêchait la notion de *stare decisis* d'intervenir avant le XIXe siècle. A.K.R. Kiralfy, *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4e édition, Londres, 1958, à la p. 280.

(2) Ainsi pour Dawson l'effet principal des *precedents* se fait sentir au début du XVIIe siècle, surtout en matière de procédure et de pratique judiciaire. J.-P. Dawson, The Oracles of the Law, Ann Arbor, 1968, à la p. 73.

fallu transformer un droit de caractère processuel en droit substantiel ; il a fallu accepter aussi que la décision judiciaire d'autrefois donnait lieu à une règle cristallisée, de caractère obligatoire.

Avant le XIXe siècle cependant tout indique que les juristes anglais n'ont jamais considéré les décisions judiciaires, de caractère processuel, comme donnant lieu à des règles précises de caractère impératif. La notion de *stare decisis* était absente. Il y avait des raisons pour cette réticence.

Une première raison, évidente, se trouvait dans la structure des cours royales. Non-hiérarchiques, ambulatoires, composées d'un petit nombre de juges dont le travail démontrait un haut niveau de coordination malgré des différences inévitables de personnalité et de tempérament, la structure des cours royales était une structure horizontale, souple, collégiale, à l'intérieur de laquelle la notion de règles impératives, adressées aux membres en nombre restreint de ce petit club d'entreprise commune, aurait semblé inutile sinon incompatible avec les relations qui existaient entre les juges. Aucun juge ne donnerait un ordre à ses collègues ; l'élaboration de la common law était une entreprise commune. Les juges se rallieraient à des solutions qui ont suscité leur accord préalable ou dont l'efficacité était indéniable. Il s'agissait dans tous les cas de rallier l'appui judiciaire et non pas de l'imposer. En dehors du cadre judiciaire il n'y avait pas lieu de faire imposer des règles ; la procédure de la common law était centrée sur la processus interne de cette tradition. A l'intérieur de la tradition on ne pensait pas en termes de règles imposées mais de solutions communément élaborées.

L'attitude qui régnait ainsi à l'intérieur des cours royales, comme méthode de travail, était fondée cependant sur d'autres perspectives, perspectives qui sont inhérentes dans toute tradition juridique fermée ou processuelle, comme celle de la common law. Car la tradition juridique qui n'est pas pleinement ouverte à l'individu, qui ne s'adresse pas directement à l'individu pour le bonifier ou pour le punir, est une tradition juridique restreinte. Étant restreinte, elle laisse nécessairement une place importante dans la société à d'autres formes de régulation sociale. De même, elle ne cherche pas à imposer ses propres critères sur la société qui l'entoure mais sert comme reflet de cette même société, même en articulant ses règles de caractère processuel (3). Le juge qui fonctionne dans une telle tradition restreinte est ainsi un juge restreint. Son rôle est démarqué ; ses fonctions sont limitées. Accepter une notion de chose jugée est déjà une affirmation remarquable et discutable de ce rôle (4).

A travers l'histoire de la common law ses juges ont donc systématiquement nié que leurs jugements représentaient des règles de droit. D'ailleurs, le système de collecte et de reproduction de leurs jugements manquait, de sorte que le refus théorique était accompagné et renforcé par un élément matériel important. Les *Year Books* ne permettaient pas le développement d'un système de collection, de reproduction et de citation de jugements ; la reproduction des jugements pendant les siècles suivants restait entre les mains des juristes particuliers (les *named reports*) ; le juge ne vérifiait pas que son jugement était capté avec précision pour l'avenir ; si le système de plaidoirie permettait l'identification de questions précises, c'était aux fins de résolution du cas et non pas pour établir des règles pour des situations futures ; tous les litiges étaient différents.

La décision antérieure du juge dans ces circonstances devient un élément de preuve de ce que pourrait représenter le droit sur la question soulevée par la nouvelle

(3) Ainsi les brefs de la common law en matière de biens immobiliers n'ont jamais suivi le modèle abstrait continental, pourtant connu, des actions réelles et personnelles, mais ont toujours reflété les particularités du système féodal. Le bref principal en matière immobilière à travers l'histoire de la common law était ainsi le bref de *novel disseisin*.

(4) La notion de chose jugée ou de *res judicata* est très faible dans les traditions juridiques religieuses.

cause. Elle indique une solution *possible* que le juge dans sa liberté peut suivre ou ne pas suivre, dans sa recherche de ce que les juges dans leur ensemble devraient faire face à de telles situations. Les décisions du passé présentent des *analogies* avec la situation actuelle. La raison, c'est la comparaison. Blackstone exprime ainsi la conclusion de siècles de réflexion sur le rôle judiciaire en énonçant que les décisions du passé servent comme aide de découverte de la common law mais non pas comme élément constituant (5). On parlera éventuellement de la "théorie déclaratoire du droit". Le juge ne fait pas le droit. Il déclare simplement ce qu'est le droit. On a pu dire, et peut-être on a dû dire, que le juge cherche toujours le droit.

Du XVIe jusqu'au XIXe siècle on parle de plus en plus de "precedents" dans la tradition de la common law. Les précédents ont de plus en plus de "poids". Les *Year Books* terminent au XVIe siècle ; les rapports judiciaires deviennent de plus en plus raffinés et fiables ; une certaine uniformité dans le style de reproduction s'installe au XVIIIe siècle. Les juges tendent de plus en plus à suivre les décisions antérieures, tout en niant leur caractère obligatoire. Il devient de plus en plus *possible* de suivre une décision antérieure, qui existe telle que reproduite (6). La technologie renforce ainsi un courant intellectuel qui voit le rôle du juge de plus en plus comme source de droit. Au début du XIXe siècle cependant il n'existe pas de théorie de *stare decisis* en Angleterre (7). Il faudra des réformes fondamentales du XIXe siècle pour la produire.

II - LES RÉFORMES DU XIXe SIÈCLE

L'on connaît l'importance des réformes effectuées au XIXe siècle pour la tradition de la common law. A travers un demi-siècle les fondements du système processuel furent progressivement enlevés pour établir une relation directe entre l'individu et son juge -juge devenu juge du fond et non plus simplement de la procédure (8). Progressivement, à partir de 1832, le droit d'action a été créé (abolition de la nécessité d'un bref pour intenter une action), le droit tout entier devient potentiellement applicable (abolition de la nécessité d'articuler dans la plaidoirie écrite introductive de l'action la nature de la cause d'action), le juge doit juger sur le fond et articuler des raisons pour son jugement (le jury devient optionnel et tombe vite en désuétude) et la faillibilité du juge de première instance est reconnue (la Cour d'appel est créée). A travers ces changements de caractère technique c'est le modèle structurel du droit civil qui s'impose. Le droit substantiel existe ; l'individu peut exiger son application dans son cas ; il est appliqué par un juge ; les erreurs du juge sont corrigés s'il le faut.

C'est suite à ces changements que le principe de *stare decisis* devient articulé en Angleterre. Le juge étant obligé de motiver sa décision, sur le fond, il a fallu un droit substantiel, composé de règles adressées à l'individu. Le contenu de ce nouveau droit substantiel se trouvait dans un mélange des précédents du passé, convertis en règles substantielles, et de la doctrine continentale. L'instrument de la cristallisation de règles, dans l'absence de toute possibilité de promulgation législative (à l'échelle

(5) Sur Blackstone, voir R. Cross et J.-W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e ed., Londres, 1991, aux p. 27-30 ; M. Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford, 1991, aux p. 79-86 ; Lieberman, *supra*, note 1, à la p. 85. Pour une appréciation subtile par un juriste français, voir J.-L. Goutal, "Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the United States" (1976) 24 Am. J. Comp. L. 43, notamment à la note 27 (juge constatant que la cause est *"like* the case *of* ...").

(6) L'impression est introduite en Angleterre en 1476 ; les premiers rapports judiciaires imprimés sont publiés en 1537. Voir M.-E. Katsch, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford, 1989, à la p. 39.

(7) Kiralfy, *supra*, note 1 à la p. 279 ; Lobban, *supra*, note 5, à la p. 83.

(8) Voir H.-P. Glenn, "La civilisation de la common law", à paraître dans Rev. int. dr. comp. 1993.

nécessaire), c'était la décision judiciaire. Il a fallu accepter la décision judiciaire comme source constitutive de droit ; il n'y avait pas d'autres possibilités.

Tout indique que l'émergence du principe de *stare decisis* était graduelle à travers le XIXe siècle (9). Après les premières réformes on a insisté sur la nécessité d'un système de plaidoiries précises (*special pleading* par opposition avec le *general issue*) pour que des règles de droit précises aient pu être articulées, sans être trop mélangées avec les faits, encombrants, de l'espèce (10). La longueur des jugements s'est augmenté de façon importante à travers le XIXe siècle, aussi bien que les formes d'argumentation utilisées par les juges pour justifier leurs décisions (11). Le système de reproduction des décisions judiciaires devient formalisé. Les réformes matérielles dans la collecte et la reproduction des décisions judiciaires permettent le principe de *stare decisis* d'être étendu à la Cour d'Equity. La notion d'équité comme *exception* à des règles précises en est profondément affecté. Si la source des précédents judiciaires à travers l'histoire de la common law a toujours été la cour supérieure de première instance, la création d'une Cour d'appel en 1875 permet de penser pour la première fois en termes de règles imposées d'en haut. A la fin du XIXe siècle le point culminant est atteint. La Chambre des Lords se déclare liée par ses propres jugements (12). Aux États-Unis la théorie déclaratoire du droit devient l'objet de ridicule. On oublie l'idée que les décisions judiciaires représentent une entreprise commune pour découvrir ce qu'est la justice. Elles représentent plutôt le droit, et si on persiste dans l'affirmation qu'elles ne font que déclarer le droit il est évident que ce droit, qui serait déclaré, n'existe pas. La common law n'est pas une "omniprésence ruminante" *(brooding omnipresence)* dans le ciel (13). La décision judiciaire devient la manifestation positive de ce qu'est le droit. La question devient cependant celle de savoir si cette dominance de la décision judiciaire peut être maintenue.

III - LE DÉCLIN DE LA NOTION DE *STARE DECISIS* EN DROIT CONTEMPORAIN

La notion de *stare decisis* a été adoptée ainsi comme mesure pour faciliter la transition de la common law d'un régime processuel ferme ou restreint à un régime processuel ouvert. Son adoption a permis l'articulation d'un corpus de règles qui ont pu être appliquées par les juges dans l'accomplissement de leur nouvelle fonction de statuer sur le fond. Puisque les décisions de l'ancien régime étaient des décisions de nature processuelle leur transformation en règles de nature substantielle était naturellement sélective. La masse des décisions d'autrefois était donc filtrée par la transformation d'un droit processuel en droit substantiel. Le caractère aléatoire des rapports jurisprudentiels dans le passé a aussi servi comme moyen pour alléger le poids de la jurisprudence d'autrefois. La common law moderne, à partir du XIXe siècle, a pu donc être construite à partir d'une notion de *stare decisis* qui permettait d'alimenter le nouveau corpus de règles avec des décisions d'autrefois et avec la doctrine continentale, sans toutefois inonder le nouveau régime par une masse de décisions dont la valeur précédentielle était discutable. La masse de décisions n'était pas augmentée immédiatement et radicalement par le fonctionnement du nouveau régime, du moins pendant le premier siècle de son existence, car la tradition d'une magistrature

(9) Voir Kiralfy, *supra*, note 1, aux p. 279, 280.
(10) Voir Lobban, *supra*, note 5, à la p. 213.
(11) Goutal, *supra*, note 5, aux p. 58-63.
(12) *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council* (1898) A.C. 375.
(13) C'est la déclaration cassante du juge Holmes dans l'affaire *Southern Pacific Co v. Jensen*, 244 US. 205, à la p. 222 (1917).

restreinte en nombre (et de caractère élitiste) constituait un frein important sur le volume des litiges.

Au début du XXe siècle les pays de common law présentaient donc la situation paradoxale d'un régime processuel ouvert, dans lequel la notion d'un droit substantiel occupait une place importante, accompagné des institutions judiciaires restreintes qui restaient dans une très large mesure ce qu'elles étaient à travers l'histoire de la common law. Certes, l'existence d'une Cour d'appel constituait une nouveauté, mais il y avait peu de juges d'appel et le droit d'appel a pu être radicalement circonscrit, du moins pour le premier siècle de son existence. Une petite magistrature ambulatoire, concentrée en première instance et appuyée surtout par l'existence de juges non professionnels soumis au pouvoir de surveillance et contrôle de cette même magistrature professionnelle, peut-elle répondre au volume de litiges généré par un régime processuel ouvert ? C'est la clé du problème de *stare decisis* dans le pays de common law aujourd'hui. Tout indique que la réponse à cette question est négative.

En effet, dès que le droit s'adresse directement à l'individu sans que des domaines de la vie soient exclus de son application, il existe une pression inexorable sur la magistrature chargée de son application. La magistrature restreinte de la common law reflétait une conception restreinte du domaine du droit dans la société. Les reformes du XIXe siècle, tout en étant limitées aux questions techniques et institutionnelles, ont enlevé la boucle institutionnelle issue de cette conception restreinte du droit. Le juriste anglais, très différent du juriste des États-Unis quant à sa conception de la place du droit dans la société, se trouve tout de même obligé de travailler dans le même environnement juridique ouvert. Il existe des différences importantes entre les pays de common law. Ils se trouvent tous cependant en situation de réaction contre le volume contemporain de litiges.

La notion de *stare decisis* n'est pas mise directement en cause par un régime processuel ouvert et l'existence d'un droit de nature substantielle. Pendant le dernier siècle la compatibilité de la notion de *stare decisis* avec le nouveau régime processuel a été largement acceptée. La notion de *stare decisis* semblait même être un élément essentiel du nouveau régime, donnant à la common law un instrument contemporain comparable au législateur des pays de tradition civiliste. Cependant, le nouveau régime processuel et la notion d'un droit substantiel ont leur effet sur les institutions de la common law. Les changements institutionnels ont à leur tour une influence importante sur la notion de *stare decisis.*

Quel est l'effet du nouveau régime processuel et de l'existence d'un droit substantiel sur les institutions de la common law ? D'un pays à l'autre il y a des différences importantes mais partout on constate la croissance des institutions pour accommoder le nouveau rôle que joue le droit dans la société. Puisque le droit est là et puisque tout le monde peut réclamer son application, les institutions doivent être disponibles pour assurer son application. Le droit substantiel, pendant longtemps ligoté et caché par les institutions et le droit processuel, devient dominant à son tour et force les institutions à répondre à ces besoins.

La première réaction à la croissance des litiges est une augmentation dans le nombre des juges, à chaque niveau de la nouvelle hiérarchie. Au Royaume-Uni, où la tradition de la common law est la plus fermement ancrée, c'est la réaction principale jusqu'à nos jours, sans autre modification institutionnelle fondamentale. On verra cependant qu'une augmentation dans le nombre des juges est importante en soi pour la notion de *stare decisis*. Ailleurs les réactions sont beaucoup plus importantes. Ainsi dans les juridictions de common law de l'Amérique du Nord le magistrat non professionnel est devenu très exceptionnel et la tendance est nettement en faveur d'une magistrature entièrement professionnalisée, calquée sur le modèle conti-

nental. Le juge pour statuer sur le fond doit bénéficier d'un statut formel et de connaissances approfondies ; le citoyen ordinaire, comme juge, ne présente pas les garanties nécessaires. Il faut donc plus de juges pour satisfaire à la demande et il faut plus de juges parce qu'on ne peut plus faire appel aux juges laïques d'autrefois.

Si la tradition judiciaire de la common law a toujours été celle d'une petite magistrature ambulatoire, de première instance, qui coiffe un nombre de tribunaux inférieurs, l'augmentation du nombre des juges ne peut pas être sans effet sur cette structure de première instance. Ainsi l'augmentation dans le nombre des juges professionnels réduit l'importance des tribunaux inférieurs (surtout ceux composé de magistrats non professionnels), et le besoin d'assurer une justice égale et disponible à travers la juridiction milite contre la tradition du juge ambulatoire. Partout en Amérique du nord le même phénomène se produit. Le juge professionnel de première instance devient implanté dans les centres judiciaires urbains ; le juge ambulatoire disparaît lentement ; les tribunaux inférieurs deviennent consolidés et voient leur compétence s'approcher de celle des cours supérieures traditionnelles ; le statut des juges de première instance devient uniformisé ; la notion de la supériorité inhérente d'une cour de première instance se perd lentement (14). Sous le volume de litiges et la nécessité d'assurer le déroulement loyal des instances, le nouveau juge de première instance devient de plus en plus impliqué dans la procédure ; la procédure dite *adversarial* est mise en cause. Le juge de première instance est donc juge de fait et juge de procédure. Dans tous les cas il est juge local. Son jugement constitue-t-il une règle de droit pour tout le pays ou pour toute la juridiction ? Il devient de moins en moins possible de penser de tels juges comme sources d'un droit commun. Ils décident sur les faits et appliquent le droit, dans leur ville et dans leur région. Leurs décisions restent, mais seules les parties s'y intéressent vraiment. Le jugement n'a qu'un effet relatif. Le droit doit venir d'ailleurs.

Ainsi la décision du tribunal de première instance dans les juridictions de common law représente de moins en moins une règle de droit qui doit être suivie à l'avenir. Elle représente plutôt un cas d'application, locale, du droit. L'attention se dirige donc vers les Cours d'appel pour les précédents nécessaires.

A cause de la position d'une Cour d'appel dans une hiérarchie de tribunaux, la décision d'une Cour d'appel aura une plus grande résonance qu'une décision de première instance. Dans la mesure, cependant, que les décisions des tribunaux de première instance se dévalorisent, n'étant que des décisions fort possiblement erronées de juges locaux, la pression sur les cours d'appel augmente. Les cours d'appel des pays de common law ne sont plus ce qu'elles étaient lors de leur création -lointaines, isolées, difficiles d'accès, n'ayant aucune tradition d'ouverture. En Angleterre, il est vrai, il n'y a qu'une seule Cour d'appel et ses décisions gardent probablement la plus grande force normative de toutes les cours d'appel du monde de la common law. Ailleurs, cependant, les cours d'appel se multiplient et se plient sous le poids des appels. Aux États-Unis le système de deux cours d'appel au niveau étatique est très fortement répandu. Il faut une première cour d'appel dont la tâche ne serait que de juger en appel. Puisque cette cour est tellement débordée d'appels, il faut une deuxième cour d'appel dont l'accès serait nettement plus restreint et dont la fonction serait surtout de dire le droit. La source des précédents impératifs serait donc maintenant au troisième niveau de la hiérarchie des cours. Cependant ces cours d'appel suprême sont inondées elles-mêmes, non pas nécessairement d'appels, mais de demandes de permission de faire appel, et il n'y a aucune cour d'appel aux États-

(14) Aux États-Unis la notion d'un droit d'appel généralisé existe partout et la cour supérieure de première instance est l'objet de contrôle et de surveillance par les cours d'appel. Le rôle traditionnel des cours supérieures de première instance en droit administratif a donc largement disparu.

Unis qui ne se trouve pas surchargée de travail et dépourvue du temps et des moyens nécessaires pour fonctionner comme véritable source de droit. Tous les jugements de ces cours d'appel devraient constituer des précédents. Or on connaît aux États-Unis, surtout au niveau fédéral, le phénomène des "non-precedential precedents", les décisions dont la reproduction ou la citation est formellement interdite par la cour dans l'espoir de réduire l'impact possible de certaines décisions pour augmenter celui des autres (15). Encore au niveau fédéral aux États-Unis on discute le phénomène de l'"*intracircuit noncompliance*", le rejet complet de toute force précédentielle d'une décision judiciaire par un ministère de l'État qui n'accepterait un effet négatif sur ses politiques d'une décision judiciaire qu'en ce qui concerne les parties au litige (16). C'est l'effet relatif des jugements, sans plus.

Au sommet des hiérarchies des tribunaux dans les pays de common law il y a les cours suprêmes. Elles aussi sont débordées et limitent de façon très importante l'accès des justiciables, en exigeant une autorisation de faire appel devant la Cour. Puisque ce sont des affaires qui sont considérées comme très importantes qui sont autorisées à être entendues, les jugements de ces cours sont rédigés de façon large, écrits souvent avec l'aide des clercs de la Cour, et souvent sont limités aux questions de droit constitutionnel. L'inaccessibilité d'une telle cour et l'importance de ses décisions ont un effet certain sur la valeur précédentielle de ses jugements. Aux États-Unis la Cour est souvent très divisée et l'on se demande comment tirer une règle de droit d'une décision d'une pluralité de ses juges (17). On connaît aussi l'argument de Gilmore, à l'effet que l'inaccessibilité de la Cour suprême des États-Unis l'empêche de garder sa jurisprudence à jour. Les tribunaux inférieurs ne seraient donc pas liés par les décisions de la Cour suprême qui sont tombées en désuétude (18).

A tous les niveaux des tribunaux des pays de common law on voit donc l'effet institutionnel de l'ouverture juridique du XIXe siècle. Le flot de litiges provoque l'ouverture, l'élargissement et la démocratisation des institutions. Le volume de décisions qui en est le résultat, en combinaison avec les changements institutionnels, donne lieu actuellement à des révisions formelles de la notion de *stare decisis*. Il y a aussi des changements importants de caractère informel.

En Angleterre l'on sait que la *Chambre des Lords* s'est libérée du fardeau de ses propres décisions en 1966 (19). La décision est très importante pour les sources de droit en Angleterre, car la législation a été d'un coup libérée d'interprétations de caractère permanent. Le sens de la loi peut maintenant être recherché plus librement. Au niveau de la Cour d'appel on enseigne que la Cour reste liée par ses propres jugements, mais puisque la Cour est maintenant composée de dix-sept juges qui sont divisés en *panels* pour siéger, le caractère obligatoire de ses propres décisions est maintenant contestée au sein de la Cour et par la doctrine (20). La notion que les décisions de la *Chambre des Lords* qui sont tombées en désuétude ne doivent pas être

(15) Voir Reynolds & Richman, "The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals" (1978), 78 Col. L. Rev. 1167. Voir aussi, pour l'interdiction par la Chambre des Lords en Angleterre de la citation des jugements non-rapportés de la Cour d'appel, sans autorisation, *Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd. (in liquidqtion)*, (1983) 1 All E.R. 564.

(16) Voir le débat dans S. Estreicher & R. Revesz, "Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies" (1989), 98 Yale L.J. 679; M. Diller & N. Morawetz, "Intracircuit Nonacquiescence and the Breakdown of the Rule of Law: A Response to Estreicher and Revesz" (1990), 99 Yale L.J. 801; S. Estreicher & R. Revesz, "The Uneasy Case Against Intracircuit Nonacquiescence : A Reply" (1990), 99 Yale L.J. 831.

(17) Voir L. Novak, "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions" (1980), 80 Col. L.R. 576.

(18) G. Gilmore, *The Ages of American Law*, Yale U. Press, New Haven, 1977, p. 98.

(19) *Practice Statement* (1986) 1 W.L.R. 1234.

(20) Cross, aux p. 6, 110-112.

suivies a aussi fait surface (21). Le professeur Jolowicz a écrit récemment que la notion de *stare decisis* "se détruit d'elle-même assez souvent" (22). Si toutes les décisions sont correctes, il faut noyer les mauvaises parmi les bonnes "par un processus d'harmonisation de toutes les décisions rendues sur un point de droit" (23).

Même ce processus d'harmonisation intellectuelle serait largement abandonné aux États-Unis, sous le poids des décisions et l'effet de l'ordinateur. On peut faire la collecte de toutes les décisions ; on peut donc les peser au lieu de les juger. On parle de l'emploi d'un "syllogisme statistique" dans le raisonnement juridique ("La plupart des hommes sont mortels ; Socrate est un homme ..."). Il n'y aurait rien de normatif dans ce processus (24). On suit le courant. Tous les cas sont plus ou moins pareils. Sur le plan des règles formelles, la Cour suprême des États-Unis n'est pas liée par ses propres précédents ; les cours d'appel ne sont pas liées par les leurs. Ailleurs on cherche les tendances dans le jungle de la jurisprudence étatique. Faute de tendance on analyse les intérêts en cause. Le droit cède sa place à l'analyse économique.

Les pays du Commonwealth se trouvent à mi-chemin entre ces deux pôles du monde de la common law. Au Canada la Cour suprême s'est libérée récemment de ses propres décisions antérieures ; les cours d'appel de façon générale ont suivi le mouvement. Malgré la construction sous le régime britannique d'un système judiciaire largement fidèle au modèle de la common law, les juges du Québec, à quelques exceptions près, n'ont jamais adopté la notion de *stare decisis*. L'existence d'un système processuel ouvert et un droit substantiel, codifié de surcroît, s'y opposent. Le cas du Québec est fort intéressant. Influence par la tradition de la common law et les pratiques nord-américains, la collecte et la reproduction des décisions judiciaires y est très développée. On peut y voir un précurseur de ce que pourrait se passer dans le monde de la common law, avec l'affaiblissement de la notion de *stare decisis*, et un précurseur de ce qui se passe dans le monde du droit civil, sous l'impact de l'ordinateur pour la collecte des décisions judiciaires. Partout dans le monde de la common law les décisions de première instance, largement rapportées, touchent surtout aux faits. Le jugement de première instance, s'il est intéressant, sert surtout aujourd'hui comme fondement d'appel. La normativité d'une décision de première instance a largement disparue.

CONCLUSION

Le professeur Carbonnier a remarqué récemment que la jurisprudence ne peut pas être une source autonome de droit. Elle représenterait plutôt "la transparence de la loi" ou la "fondation d'une coutume" (25). Les développements modernes dans le monde de la common law semblent renforcer la sagesse de cette remarque. C'est le cas que la législation augmente en importance dans les pays de common law. C'est le cas aussi, surtout aux États-Unis, que le caractère coutumier ou simplement habituel de la jurisprudence semble dominer. Cependant, à travers l'histoire pré-moderne de la common law, qui a duré quelques huit siècles, les juges de la common law ont combattu à la fois cette idée et l'idée que la décision judiciaire en soi représente une règle judiciaire. Ils ont suggéré plutôt que leur jurisprudence représente le véritable raisonnement juridique. Cet enseignement a besoin d'être entendu encore aujourd'hui.

---

(21) Ibid., p. 7/
(22) J.-A. Jolowicz.
(23) Ibid.
(24) Goutal, *supra*, note, aux p. 51, 52.
(25) J. Carbonnier, Correspondance, Rev. tr. dr civ. 1992.342.

L'INFÉRIORITÉ TECHNIQUE DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

Par

Jacques HÉRON
Professeur à l'Université de Caen (France)
Doyen de la Faculté de droit et des sciences politiques

1. Chacun connaît les trésors d'argumentation qu'a développés le philosophe Zénon d'Élée pour nier le mouvement, comment par exemple il était impossible qu'Achille aux pieds légers puisse rattraper une tortue située quelques mètres devant lui. Toute révérence gardée, je trouve qu'il existe quelque ressemblance entre ce philosophe et les juristes qui nient que la jurisprudence soit une source du droit.

Pour réfuter le raisonnement de Zénon d'Élée, il suffisait de marcher. De la même façon, M. Philippe Jestaz a justement écrit (1), à propos de la jurisprudence comme source de droit : "A peine a-t-on formulé cette horrible question qu'on se hâte de répondre par la négative. Pourtant les mêmes professeurs qui viennent de clore ainsi le débat se rendent dans leur amphithéâtre où ils enseignent la jurisprudence à leurs étudiants." Et M. Jestaz ajoute perfidement qu'ils l'enseignent "comme droit, non comme tendance sociologique...".

L'enseignant de droit international privé que je suis ne peut rien objecter à ce qu'écrit M. Jestaz : ma discipline est presque entièrement fondée sur des arrêts de la Cour de cassation, dont les noms évoquent des parties venant du monde entier, comme le fait aussi ce congrès, Monsieur le Professeur El Hatimi.

En réalité, ce qui me fait réfléchir, ce n'est pas la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit. Pour moi, il n'y a aucun doute, c'est une affaire réglée. Par contre, l'existence de la discussion et sa permanence donnent à réfléchir. Comment peut-on enseigner la jurisprudence et en même temps douter de son existence ?

2. C'est en réfléchissant à cette question que m'est venue l'idée de cette communication. Quand j'examine les arguments que l'on oppose à la jurisprudence comme source de droit, je constate qu'ils consistent tous à souligner les différences qui existent entre la loi, au sens large, et la jurisprudence. Par exemple, la loi a une valeur obligatoire, alors que le précédent jurisprudentiel n'en a pas, en France au moins.

(1) Ph. Jestaz, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", D. 1987 chr. 11.

J'ai l'impression que la discussion est faussée, parce que l'on confond deux questions distinctes, celle de savoir si la jurisprudence est une source du droit et celle de savoir si l'on peut poser l'équation : jurisprudence égale loi. Je crois que l'on peut sans hésitation répondre oui à la première et répondre non à la seconde : oui, il existe des normes jurisprudentielles ; non, les normes jurisprudentielles ne sont pas identiques aux normes d'origine législative.

C'est sur ce point que je voudrais réfléchir avec vous.

3. Pour cela, il faut prendre quelques précautions. La première consiste à insister sur l'adjectif qui figure dans le titre de cette communication. Je ne veux pas aborder l'infériorité dont me semble atteinte la norme jurisprudentielle en termes de légitimité. J'ai encore moins l'intention de m'attaquer aux magistrats pour dire que leur compétence juridique est inférieure à celle du législateur. Quelle est ma propre compétence pour répondre à cette question ? Ce qui m'intéresse, c'est l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle, infériorité qui se manifeste notamment dans la fixation de son contenu et dans les modalités de son édiction.

On m'objectera peut être que le contenu de la norme jurisprudentielle n'est pas fixé partout de la même manière et que les modalités de son édiction peuvent varier d'un endroit à l'autre. C'est exact, et cela me conduit à une seconde précaution. L'infériorité technique de la jurisprudence ne concerne pas toute norme édictée par un juge. La jurisprudence dont je parle est la jurisprudence telle qu'elle existe en droit français actuel.

Cette infériorité ne s'attache pas aux arrêts de règlement qu'a connus notre Ancien droit (2). Qu'un texte composé de trente ou quarante articles soit publié au *Journal officiel* ou qu'il soit imprimé par le Parlement de Paris ou de Rouen, sa valeur technique est la même. Peut-être doit-on se poser la question de savoir s'il appartient à un juge d'édicter un règlement de trente articles ; mais, encore une fois, ce n'est pas mon sujet. Entre l'arrêt de règlement du Parlement de Rouen et l'arrêt actuel de la Cour de cassation, il existe des situations intermédiaires, auxquelles ne s'applique sans doute qu'une partie de ce que j'étudierai avec vous.

Ces précautions étant prises, abordons successivement la fixation du contenu de la norme jurisprudentielle (I) et les modalités de son édiction (II).

I - LA FIXATION DU CONTENU DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

4. C'est un point bien connu que le manque de recul dont dispose le juge par rapport au législateur. Il est bien certain que le juge est plus soumis au risque de poser une solution générale en raison d'une situation particulière. Peu importe l'importance statistique de ce risque, dès lors que le risque existe aussi pour le législateur. Or tous les juristes de langue française savent ce qu'est l'effet macédonien, qu'a si bien décrit M. le doyen Carbonnier (3). Un suicide a pu être à l'origine d'un sénatus-consulte. On cite aussi l'exemple de la loi du jardinier : le droit français de la filiation fut modifié à cause d'un jardinier au service du chef de l'État (4).

Si le manque de recul n'est pas un élément décisif, par contre, dans le même ordre d'idée, il en existe un autre qui mérite que l'on s'y arrête. Même lorsqu'il pense au cas d'un jardinier, le législateur pose presque toujours une norme qui est une règle

(2) G. Deteix, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris*, Paris, 1930. Sur un éventuel retour des arrêts de règlement dans le droit positif français actuel, v. H. Sinay, "La résurgence des arrêts de règlement", D. 1958, chr. 85, B. Beignier, "Les arrêts de règlement", *Droits* n° 9, p. 45.
(3) J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6ème éd., Paris, 1988.
(4) Loi du 14 septembre 1941 (annulée par l'ordonnance du 3 mai 1945).

et qui n'est qu'une règle. Il n'en va pas de même du juge français. Par définition, le juge rend des jugements, c'est-à-dire des décisions, et c'est dans les décisions du juge qu'il faut chercher les règles jurisprudentielles. Ainsi que l'a déjà indiqué mon collègue Alain Hervieu dans un excellent article paru à la *Revue de la recherche juridique* (5), la règle jurisprudentielle est une règle posée en tant que telle à l'intérieur d'une décision.

Nous y sommes tellement habitués que nous n'y faisons plus attention. Pourtant, à bien y réfléchir, quel paradoxe que la règle jurisprudentielle doive être cherchée dans une décision ! D'autant que, dans cette réunion surprenante des deux sortes fondamentales et irréductibles de normes qui composent l'agencement juridique, c'est la décision qui est l'élément central : la règle est énoncée à l'occasion d'une décision et non l'inverse.

5. Pour mieux faire ressortir notre propos, simplifions un peu les situations qui peuvent se rencontrer, en allant d'un extrême à l'autre. Chaque fois que le juge applique un texte clair et suffisamment précis, auquel correspondent sans aucun doute possible les faits de l'espèce, son jugement ne crée pas de règle ; on n'y trouve qu'une décision reposant sur une règle légale.

Ce n'est que dans le cas inverse, lorsque le texte de loi est obscur, ambigu ou insuffisant, que le juge crée véritablement une règle. Mais cette règle n'est pas indépendante par rapport à la décision rendue, elle n'a été créée qu'à cause de la décision et constitue le soutien de cette décision, de sorte que la compréhension de la norme jurisprudentielle suppose toujours que l'on remonte de la décision à la règle. C'est au demeurant ce que font tous les juristes qui analysent la jurisprudence : saisie de tels et tels faits, la Cour de cassation a rendu telle décision, à l'occasion de laquelle elle a posé telle règle.

En cela, la norme jurisprudentielle s'oppose complètement à la norme légale : même quand la loi a été édictée à cause du suicide d'un fils de famille ou de la situation d'un jardinier, le législateur pose une règle indépendante du cas qui l'a suscitée et il ne fait que cela. Quels que puissent être ses défauts de conception ou de rédaction, la règle est là, pour elle-même, si je peux dire.

Dans le jugement, les choses sont différentes. C'est la décision qui est là pour elle-même : ce qui compte, ce sont les faits concrets qui l'ont suscitée et la solution qui a été donnée au litige. La règle posée par le juge ne fait que relier les faits à la solution. Elle n'est pas l'élément central et nécessaire de la décision. De là proviennent une bonne part des incertitudes que l'on reproche à juste titre à la norme jurisprudentielle. Je voudrais illustrer cela par quelques exemples tirés du droit français.

6. En premier lieu, le juge peut se contenter d'une motivation qui soit faible. On trouve, je crois, deux modalités principales de faible motivation. L'une d'elles se rencontre fréquemment en droit judiciaire privé. Dans l'attendu de principe, la Cour de cassation se contente de reproduire littéralement le texte appliqué, puis elle donne la solution du problème, dans une situation où de toute évidence, la règle légale, prise à la lettre, ne suffit pas à donner la solution. Il faut donc que la Cour interprète ou complète la règle légale, et la Cour le fait, mais sans énoncer en tant que tel le morceau de règle qu'elle ajoute ; elle se contente de l'appliquer. Au commentateur de reconstituer l'apport de l'arrêt qu'il étudie.

En matière de responsabilité civile, on trouve fréquemment des arrêts dans lesquels ne figure aucune motivation juridique. La Cour de cassation relate les faits

(5) A. Hervieu, "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", R.R.J. 1989.257.

de l'espèce et la solution donnée par les juges du fond, et elle ajoute que la décision est légalement justifiée. Pourquoi ? Comment ? On ne le sait pas. Là encore, c'est à l'interprète que revient le soin de dégager la règle qu'a dû appliquer le juge.

La raison est toujours que la mission essentielle du juge est de trancher le litige concret qui lui est soumis. C'est cela qui explique que, même quand il est contraint de poser une règle pour combler une insuffisance du droit écrit, il peut s'abstenir totalement de l'énoncer. Que se passe-t-il, à l'inverse, lorsqu'une autorité qui n'est pas chargée de trancher un litige doit interpréter une norme ? Pensez au rescrit, au référé législatif ou à la réponse ministérielle. Dans tous les cas, ce "législateur" ne peut pas faire autrement que d'énoncer une disposition abstraite et hypothétique.

7. La place non essentielle qu'occupe la règle dans le jugement peut même conduire à ce qu'il ne soit pas possible de dégager une règle, une règle unique, dans une matière donnée. On m'objectera peut-être qu'il existe aussi des textes législatifs qui sont contradictoires, ou peu compréhensibles. Cela est vrai, mais vous remarquerez que les contradictions qui peuvent apparaître dans les textes législatifs sont considérées, par principe, comme susceptibles d'être surmontées et que, par voie de conséquence, elles sont niées.

Il n'en va pas de même en jurisprudence. C'est cela qui permet à M. Delville, l'auteur d'une thèse récente, aussi remarquable qu'abstraite, d'affirmer que le corps des règles légales forme un ensemble univoque (6). A l'opposé, M. Delville montre que l'activité jurisprudentielle donne naissance à des ensembles non univoques de règles, que l'auteur appelle, selon les termes de la logique formelle, des ensembles quelconques, parce qu'ils comportent des contradictions.

L'une de ces contradictions est bien connue : ce sont les divergences qui peuvent exister entre les différentes chambres de la Cour de cassation, par exemple en matière de chaîne de contrats. Mais il peut y avoir pire, si j'ose dire. Il arrive que l'on trouve à l'intérieur de la même chambre de la Cour de cassation des séries concomitantes d'arrêts qui ne s'accordent pas entre eux. C'est le cas aujourd'hui en droit international privé, à propos du statut de la loi étrangère. J'ai l'impression qu'il existe deux règles ayant le même objet, que la Cour de cassation utilise tour à tour, sans que l'on sache pourquoi elle utilise tantôt l'une et tantôt l'autre (7). Il est vrai qu'une telle situation est rare, mais ce qui m'intéresse, c'est qu'elle soit possible. La raison en est toujours la même : le juge rend des jugements, avec cette conséquence que la règle qu'il y énonce n'est pas indépendante de la décision, de sorte que d'une décision à l'autre, la règle peut changer.

8. Une contre-épreuve permet de conforter l'idée que je viens de vous exprimer. Quelle est en droit français la meilleure règle jurisprudentielle, celle de l'existence de laquelle on ne peut pas douter, et dont le contenu apparaît le plus nettement ? C'est la règle qui est la plus indépendante de la décision qui la contient. On trouve une telle décision lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'État, le plus souvent, se saisissent d'une affaire et s'en servent comme d'un prétexte pour énoncer une nouvelle règle.

---

(6) J.-P. Delville, *Introduction à la théorie formelle du droit*, Thèse mult, Rennes, 1992.

(7) V. la table ronde du 23 novembre 1990 sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1990-1991, Paris, 1992. *Adde*, H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8ème éd., Paris, 1993, n° 331 et s. Un récent arrêt de la Cour de cassation conduit à poser la même question à propos de l'applicabilité d'office de la règle de conflit : Civ. 1ère, 18 nov. 1992, *Revue* 1993.276, note B. Ancel.

D'où vient la supériorité technique de cette règle par rapport aux autres normes que pose le juge ? La réponse est facile à donner. Elle vient de ce que la règle n'est pas vraiment le soutien de la décision rendue et qu'elle acquiert ainsi une plus grande autonomie par rapport à celle-ci. En d'autres termes, en posant un *ob iter dictum*, le juge se place dans une position très proche de celle du législateur. Sa norme en devient meilleure.

Dans cette hypothèse, la fixation du contenu de la norme jurisprudentielle est comparable à celle de la norme légale et l'infériorité disparaît. Peut-il en aller de même pour ce qui est des modalités d'édiction de la norme ?

II - LES MODALITÉS D'ÉDICTION DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

9. Plus encore que la fixation de son contenu, les modalités d'édiction de la norme jurisprudentielle révèlent son infériorité par rapport à la norme légale.

La mise en place de la norme légale s'ordonne autour de deux éléments essentiels. Le premier est la publicité dont elle fait l'objet ; en France, les textes les plus importants sont publiés au *Journal officiel*, et cette publication est nécessaire pour que leur soit reconnu un caractère normatif. Le second élément est énoncé par l'article 2 du Code civil : "La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif." Certes, la rétroactivité existe, mais c'est une anomalie, et j'ai essayé de montrer dans un article en 1985 (cela n'est pas sans rapport avec notre sujet) que la rétroactivité a pour effet de transformer la règle en décision dans la mesure de la rétroactivité (8).

Si on laisse de côté cette anomalie, on constate donc qu'une norme légale est susceptible d'être connue avant d'être appliquée et aussi que l'on sait qu'elle continuera d'être appliquée jusqu'à ce que le législateur en "affiche" une nouvelle. Au regard de ces deux éléments, la norme jurisprudentielle se révèle inférieure à son homologue légale.

10. D'abord, la validité de la norme jurisprudentielle n'est pas subordonnée à une publicité comparable à celle de la loi. Je suis désolé de me répéter, mais la raison est toujours la même : le jugement est une décision qui tranche un litige soumis au juge. La publicité prévue par les textes est celle qui convient à une décision de justice : il faut et il suffit, pour sa pleine efficacité juridique, qu'elle soit prononcée et qu'elle soit notifiée aux parties. Bien évidemment, une telle publicité est insuffisante pour la règle que peut porter la décision de justice. De là vient que l'on cherche divers remèdes à cette insuffisance : la publication au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, mieux, la publication annotée dans une revue largement répandue dans les professions juridiques.

Ces publications poursuivent un double but : elles visent d'abord à faire connaître le contenu même de la décision, pour que chacun puisse y lire la règle énoncée. Mais elles visent aussi à opérer une sélection entre les décisions, à faire ressortir les plus importantes, celles qui font jurisprudence. Il reste que tout cela est plus empirique que rigoureux et qu'il est difficile de choisir parmi les arrêts rendus, et plus encore d'indiquer les critères qui font la norme jurisprudentielle. On peut faire appel au nombre de décisions identiques, à l'absence de résistance des juges inférieurs ou à la reconnaissance par la communauté juridique. Mais on sait aussi qu'aucun de ces critères n'est nécessaire, ni parfois suffisant (9).

(8) J. Héron, "Étude structurale de l'application de la loi dans le temps", *Rev. trim. dr. civ.* 1985.277.
(9) F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris, 1991, p. 164.

11. Si l'on voulait être tout à fait rationnel, le seul moyen serait de tout publier ou au moins de publier l'intégralité des arrêts rendus par la Cour de cassation. L'idée est loin d'être absurde, comme en témoigne le développement encore assez lent mais continu des banques de données juridiques.

Une telle publication n'est cependant pas sans inconvénients. On se plaint, non sans raisons, de l'inflation législative. Qu'en serait-il si l'on devait publier tous les arrêts de la Cour de cassation ? Et quel en serait le profit ? Combien la Cour rend-elle d'arrêts qui n'apportent rien ou n'apportent que peu de choses à l'ordonnancement juridique ? Une publication de tous les arrêts risquerait aussi de faire davantage ressortir les contradictions, petites ou grandes, qui marquent l'activité de toute juridiction, de sorte que parfois elle rendrait plus difficile encore la découverte de la norme jurisprudentielle.

Et puis, pourquoi limiter la publication aux seules décisions de la Cour de cassation ? Il n'existe aucune raison décisive d'en exclure celles des juges du fond, dont l'activité produit elle aussi de la jurisprudence. Mais alors, on ne pourrait même plus parler d'inflation. Ce serait une inondation qui submergerait tous les juristes (10).

12. Ajoutons, ce sera la transition vers le point suivant, que non seulement la norme légale fait l'objet d'une publicité plus adéquate, mais encore que cette publicité est antérieure à sa première application. Il n'en va pas de même pour la norme jurisprudentielle. Sauf quelques très rares exceptions, elle est appliquée en même temps qu'elle est énoncée : ce qui est publié, c'est sa première application et non pas seulement son édiction.

Ainsi, dès sa création, la norme jurisprudentielle est appliquée à des faits antérieurs, donc de façon rétroactive. Cette rétroactivité de la norme jurisprudentielle est aujourd'hui bien connue. En France, d'importants travaux l'ont soulignée à la suite de M. Rivéro (11). Et cette rétroactivité ne constitue pas un élément mineur de l'infériorité de la norme jurisprudentielle. D'abord, à la différence de ce qui a lieu pour la norme légale, elle se rencontre presque toujours : pour la norme jurisprudentielle, elle n'est pas une anomalie, elle est la solution de principe.

D'autre part, même lorsque le législateur retient la solution anormale de la rétroactivité, il peut lui donner l'importance et les limites de son choix, il peut la moduler comme il le veut. Par exemple, la loi nouvelle s'appliquera aux accidents survenus dans les trois ans qui précèdent sa publication. A l'opposé, la rétroactivité jurisprudentielle, parce qu'elle est liée aux litiges qui sont soumis au juge, est une rétroactivité désordonnée. Une fois qu'il a opéré le revirement de jurisprudence, le juge est bien obligé d'appliquer la règle nouvelle à tous les procès qui lui sont soumis, quelle que soit la date des faits litigieux.

13. Quand on combine la rétroactivité de la norme jurisprudentielle avec son absence d'édiction et de publication préalable, on fait ressortir toute l'insécurité de la norme jurisprudentielle.

De nouveau, une contre-épreuve permet de conforter l'idée que je viens d'exprimer. La Cour de cassation et plus encore le Conseil d'État utilisent quelques remèdes empiriques pour essayer de limiter la rétroactivité de la norme jurisprudentielle. Le moyen le plus couramment utilisé consiste à opérer un

(10) Cf. la note si clairvoyante de M. le Doyen G. Cornu, qui conclut son étude de la jurisprudence (*Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 6ème éd., Paris, 1993, p. 154).
(11) J. Rivéro, "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", AJDA 1968.16.

revirement de jurisprudence "à blanc", c'est-à-dire dans un cas où ce revirement ne change rien.

Tous les juristes français reconnaissent l'importance de ces arrêts : à coup sûr, ils font jurisprudence. D'où vient donc qu'ils ressortent de la masse des autres arrêts ? La raison est toujours la même : ils se rapprochent davantage du modèle de la norme légale. La règle énoncée n'y est pas le soutien de la décision concrète du juge ; elle est énoncée pour elle-même, comme dans un texte de loi. En d'autres termes, la norme jurisprudentielle est d'autant meilleure que le juge sort du rôle qui lui est attribué.

14. Ainsi constate-t-on que, tant pour ce qui est de la fixation de son contenu que de ses modalités d'édiction, la norme jurisprudentielle, en droit français au moins, se révèle techniquement inférieure à la norme légale. Pour ce qui est de la fixation de son contenu, l'infériorité peut être contenue ; pour ce qui est de son édiction, elle paraît inévitable, sauf à revenir d'une façon ou d'une autre aux arrêts de règlement. Mais alors, il faut se demander si l'arrêt de règlement, traditionnel ou rénové, appartient encore à la jurisprudence. C'est là une nouvelle question, qu'il ne convient certainement pas que j'aborde aujourd'hui.

LA CONCRÉTISATION PRAGMATIQUE DES NORMES JURIDIQUES

Par

Constantin M. STAMATIS
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université Aristote de Thessalonique, en philosophie du droit (Grèce)

PLAN

I. - Présuppositions philosophiques d'une théorie pragmatique de l'argumentation juridique
A - Une théorie non positiviste des normes de droit
B - Une théorie non positiviste du langage juridique

II. - Recherche sémantique et accomplissement pragmatique de l'interprétation juridique
A - Le besoin de l'interprétation sémantique des normes du droit
B - Le besoin d'achèvement pragmatique de l'interprétation juridique

*

Au sein de la méthodologie juridique contemporaine se profile aujourd'hui un lieu commun, à savoir que l'interprétation du droit doit être orientée par l'usage concret des termes utilisés par le législateur, dans les règles que l'on doit appliquer au cas donné. Autrement dit, l'interprétation ne saurait se laisser attirer par le sens abstrait des termes en cause, ou par le sens que ces mêmes termes revêtent probablement dans les divers champs du droit en vigueur. Du reste, pourtant, la méthodologie juridique traditionnelle enseigne que l'interprétation consiste en une recherche purement sémantique sur les règles applicables ou leurs notions à contenu variable? Or les juristes devraient récupérer linguistiquement la signification posée d'avance dans les règles par le législateur. Pour y parvenir, les juristes seraient invités à se mouvoir à un niveau bel et bien cognitif, en mettant en œuvre une spéculation abstraite autour de la signification ultérieure de la solution juridique apportée, de manière généralisable dans des cas identiques, au profit de l'égalité parmi les citoyens.

En revanche, ce texte s'inspire d'une attitude pragmatique envers le problème de l'interprétation du droit. l'article suggère tout d'abord certaines présuppositions philosophiques, aptes à permettre une théorie de l'argumentation d'orientation pragmatique. Pour l'essentiel, il s'agit d'ébaucher une théorie alternative, non positiviste, portant d'une part sur la distinction cruciale entre règles et normes du droit, et d'autres part sur les qualités principales du langage, comme phénomène de communication interhumaine, notamment du langage juridique (I).

Par la suite on peut tirer des présuppositions mentionnées toute une série de conséquences délicates sur la question de la concrétisation pragmatique des normes juridiques, selon les traits juridiquement intéressants du cas considéré. Le texte présent ne veut aucunement nier la nécessité de l'interprétation dite sémantique des règles à appliquer. Néanmoins, il souligne le besoin impératif pour les juristes d'opérer l'argumentation en se référant aux conventions linguistiques pertinentes ; plus encore, en mettant en lumière la particularité pragmatique du cas sous jugement, de sorte que l'on puisse faciliter un examen critique et l'acceptabilité intersubjective de l'interprétation proposée (II).

I.- PRÉSUPPOSITIONS PHILOSOPHIQUES D'UNE THÉORIE PRAGMATIQUE DE L'ARGUMENTATION JURIDIQUE

A - UNE THÉORIE NON POSITIVISTE DES NORMES DU DROIT

Règle juridique et norme de droit ne s'identifient pas (1), comme il est habituellement admis par les versions diverses du positivisme juridique. Une règle juridique est une proposition normative, émise par le pouvoir législatif de l'État ou par un autre organe compétent, doté d'une autorisation législative. Une norme de droit est justement le contenu normatif d'une ou plusieurs règles du droit en vigueur. Les règles sont pour les jugements juridiques des points de référence obligatoire. Les normes juridiques sont produites par les procédés de l'interprétation sur la base des règles du droit en vigueur. Les règles sont pour les jugements juridiques des points de référence obligatoire. Les normes juridiques sont produites par les procédés de l'interprétation sur la base des règles, de la part des organes du pouvoir judiciaire, et plus généralement encore par tout interprète compétent dans l'ordre juridique en place.

les normes juridiques n'existent pas "en dehors" d'un langage juridique historiquement formé. Elles ne sont pas réductibles à quelque entité extralinguistique que ce soit, comme on a pu le désigner dans le passé, la "volonté du législateur", conçue d'une manière socio-psychologique, ou la "volonté de la loi", l'"idée du droit" ou quelque "droit naturel" indescriptible (2). Les normes du droit positif ne coïncident pas du point de vue syntactique ou sémantique avec les règles, à partir desquelles elles peuvent être produites. Elles peuvent découler indirectement de celles-ci, ou à travers une interprétation combinée du texte de plusieurs règles. En ce qui concerne la normativité, celle-ci n'est guère une qualité imminente des textes édictés par le pouvoir législatif. Elle est plutôt un élément constitutif de l'ordre juridique, actuellement établi au cours de la formation dynamique de normes par les pratiques juridiques, dans l'espace social affecté par les règles existantes.

Il est intéressant de noter qu'une telle distinction, entre règle et norme juridique, n'est plus méconnue dans la jurisprudence hellénique. A l'occasion de

(1) Cette distinction est approfondie plus amplement par Ralph
(2) Cf. Paul Sourlas, *Questions fondamentales de la méthodologie juridique*, (en grec), t. 1er, Athènes 1986, p. 103-104.

l'adaptation du Code de procédure civile en langue néo-hellénique dite "démotique", en vigueur par décret présidentiel, le Conseil d'État s'est prononcé justement pour que la norme ne s'identifie point avec le texte de la loi. Le texte pourrait être touché par sa traduction dans une autre forme linguistique, toutefois la norme juridique resterait intacte. Le tribunal a appuyé cette opinion sur une position remarquable pour le langage juridique. "La norme est la signification du texte dont le législateur s'est servi pour émettre le contenu de sa prescription" (CdE réunion plénière, 5148/1987).

Le recouvrement exact entre règle et norme, stipulé par le positivisme juridique, légitime la pratique interprétative des juristes dans le cadre d'un ordre normatif linguistiquement préétabli. On réclame une relation de correspondance directe entre texte et pensée, que cette pensée puisse être attribuée à la "volonté du législateur" (conception subjectiviste) ou à la "volonté de la loi" (conception objectiviste), en tant que mesure normative prétendument objective. Dans ces termes, la norme est censée se cacher "derrière" la lettre de la règle, la dernière n'étant que l'"expression" ou véhicule de la première. Dans cette optique, l'entreprise interprétative s'épuise dans une opération purement cognitive, qui vise à révéler des significations enfouies, constituées avant même et indépendamment du processus de l'interprétation. Quant à la responsabilité des juristes, celle-ci prend vite fin, au fur et à mesure que le juriste réussit à "appliquer" tout ce qui avait été dit auparavant dans le texte, en tant que substitut écrit de la présence du législateur absent au moment de l'interprétation.

Les questions complexes autour de la justification des jugements juridiques sont susceptibles *d'une meilleure théorisation, si on se transpose dans le cadre conceptuel d'une méditation de production des normes juridiques, au lieu du modèle encore dominant de leur simple "application"* (3). Selon ce réajustement théorique il n'existe pas une réalité extralinguistique des normes juridiques attendant d'être dévoilée et qui conditionnerait le jeu interprétatif de façon impérative. Tout jugement judiciaire installe le texte de la loi au sein d'un nouveau contexte, sans que puisse jamais être connu par avance le spectre entier des interprétations plausibles. Pour cette raison l'interprétation juridique se légitime non comme la reconnaissance d'une signification textuelle objectivement préétablie, mais comme un procédé de formation active de significations, ainsi que de normes.

La reconceptualisation présentée ici ne part pas d'une théorie abstraite de normes juridiques. Elle est au contraire animée par l'intérêt de connaître ce qui se passe effectivement dans les pratiques juridiques, quand un ordre juridique de type européen continental est en place. D'après la jurisprudence, on a souvent l'impression que les tribunaux insistent sur la quête de la volonté du législateur, voire le "vrai" sens du contenu des règles à appliquer. Ils oscillent d'habitude entre une conception objective et une conception subjective de la volonté législatrice. Parfois ils admettent tout de même qu'un changement de signification a eu lieu, bien que le texte de la loi n'ait pas été apparemment altéré. Ou encore ils esquissent certaines interprétations nouvelles, inconnues du temps du législateur dit "historique".

En de circonstances pareilles, il devient clair que l'objet de la soumissions de l'œuvre judiciaire aux prescriptions de la Constitution et de la loi (art. 87.2 Const. hellénique) n'est autre que le texte des règles à observer, pas leur "contenu" (4). Le texte des règles est une séquelle de signes linguistiques, formulée et édictée

(3) Dans cette direction, voir R. Christensen, *op. cit.*, dans une ligne de pensée proche à Friedrich Mueller ; Aussi les études du volume : F. Mueller (ed.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989. Du même auteur, *Juristische Methodik*, 3e éd., Berlin 1989.
(4) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 18 et s., 64 et s.

par voie législatrice. La norme, d'autre part, est produite obligatoirement à partir de règles du droit positif. *Les normes sont produites par l'activité interprétative des organes étatiques compétents, selon des procédés institutionnalisés et méthodologiquement contrôlables, dans les conditions d'une culture juridique et politique imprégnée par les valeurs de l'état de droit.*

Les procédés de la production de normes juridiques par la pratique, surtout dans les jugements judiciaires, ne doivent pas se réaliser de façon autoritaire et aléatoire. Ces procédés sont soumis à un faisceau d'obligations institutionnellement imposées, qui se sont formée historiquement et disposent d'une efficacité relative. De telles obligations se fondent principalement sur certains principes constitutionnels, comme la séparation des fonctions d'État, la démocratie représentative, l'État de droit - le dernier dans sa double rationalité, en tant que possibilité de prévisibilité de l'agir conforme aux lois, aussi bien que garantie des libertés des citoyens. La soumission de l'œuvre judiciaire à la loi est aussi conditionnée par des principes constitutionnels afférents aux questions d'ordre méthodologique, comme la justification obligatoire des jugements ou l'obligation des tribunaux de ne pas appliquer une loi qui contredit la Constitution (art. 93.3 et 4 Const. hellénique). Sous ces termes normatifs fondamentaux il est méthodologiquement exigé que les juristes justifient des solutions juridiques raisonnables et généralisables à des cas semblables. Il faut que leurs jugements soient non seulement conformes aux règles du droit, mais aussi justes et équitables (5).

B - UNE THÉORIE NON POSITIVISTE DU LANGAGE JURIDIQUE

Après le virage de L. Wittgenstein d'une sémantique réaliste à une sémantique pragmatique, un lieu commun de la philosophie contemporaine du langage affirme que la signification des mots se constitue à travers leur usage multiples, au sein d'une communauté linguistiques. En particulier, le sens des signes juridiques consiste dans leur usage conventionnel ou même potentiel, au milieu d'un ordre juridique donné (6). On peut en concevoir la signification par voie d'interprétation, dans la mesure où les organes d'État compétents et le commun des juristes emploient les signes juridiques selon des usages plus ou moins conventionnellement admis.

Le sujet cardinal de la création d'usages nouveaux de langage juridique est le pouvoir législatif, car c'est celui qui édicte des règles en vigueur du principe de la séparation des pouvoirs d'État. Toutefois l'activité communicationnelle du "législateur" n'est pas libérée d'attachements divers, constitutionnels et politiques. En outre, elle ne se développe pas dans quelque *vacuum* linguistique. Elle-même véhicule ou participe à plusieurs jeux de langage, historiquement constitués. Même le législateur, pas moins que n'importe quel autre sujet parlant, a besoin de s'exprimer au moyen de cet instrument universel et plastique qu'est le langage. Cependant il est impossible que le législateur ait jamais pleine conscience de toute implication significative entraînée dans les règles stipulées par lui. Le langage n'est pas un instrument neutre, maniable de manière simplement technique. Parler un langage c'est déjà agir. Dans l'histoire humaine se forge une certaine unité entre le langage et les manières de percevoir le monde. Le langage juridique est lui-même une activité sociale particulière, associée à certaines formes de vie dans l'ordre juridique établi. C'est pourquoi la signification d'une règle peut s'obtenir au moyen

(5) Entre autres, cf. Chaim Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e ed., Paris 1979, p. 173 et passim.
(6) Cf. J.-L. Sourioux/P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris 1984. Bernard Jackson, *Semiotics and Legal theory*, London-N.York 1987. P. Wassermann/J. Petersen (ed.), *Recht und Sprache*, Heidelberg 1983.

de la pratique de son interprétation, et pas à travers la reconstitution de l'intention de son auteur.

Dans un débat juridique, le sens des termes en jeu peut être obtenu en détectant leur usage concret dans les règles en question. Leur formulation linguistique remplit une fonction de signalisation, en tant que point de départ pour la tâche de l'interprète. *Le texte de la règle n'est pas en soi porteur d'une essence normative, susceptible une fois pour toutes d'une définition sémantique abstraite.* La compréhension des textes choisis se termine par la subordination des faits intéressants au contenu sémantique de la partie descriptive de la règle applicable. Ce procédé marche à coup de dialogue, réel ou supposé, entre des opinions divergentes. Le débat prend un chemin spiral, suffisamment démontré par la théorie dite "herméneutique" du droit. L'ensemble du trajet est médiatisé par la particularité du cas examiné, l'expérience, la perspicacité et l'équipement intellectuel des juristes qui y prennent part.

Le langage du droit abonde en notions vagues et difficiles à déterminer. Leur indétermination sémantique devient plus grave encore par le fait indéniable que les jugements juridiques sont ouverts à des appréciations morales et politiques dissemblables, sinon opposées. Le degré de certitude, quant à la subordination d'objets ou de circonstances à l'extension des notions employées par le texte de la règle, est lui aussi très disparate parmi les gens. L'élucidation herméneutique ne peut être acquise qu'au stade de la concrétisation pragmatique de la signification débattue, dans les conditions concrètes du cas considéré.

Il se peut que maintes notions vagues, même si elle sont de nature axiologique, comportent un côté descriptif, ce qui se fait signaler surtout par la philosophie morale analytique. A titre d'exemple, on pourrait penser ici à la notion "émanations nuisibles pour l'environnement", puisqu'il existe déjà dans plusieurs pays une graduation des interdictions concernant les émanations nuisibles. La constituante descriptive des notions à contenu axiologique se réfère en principe à des qualités naturelles ou à des valeurs économiques, elles peut donc se mesurer en dernière instance en fonction de critères quantitatifs. Cependant, pour la plupart, les notions dites axiologiques requièrent une prise de position vraiment axiologique, notamment sur des questions pratiques autour desquelles surgit toute une gamme d'attitudes possibles, souvent incompatibles. Telles sont la "bonne foi", les raisons "d'intérêt public", l'"excès de pouvoir", le "faux témoin", etc.. Le jugement excédera nécessairement le niveau de l'analyse sémantique abstraite, pour pénétrer le champ de la concrétisation pragmatique, vu la particularité juridique du cas en litige.

La même action pourrait être jugée par les uns comme "outrage public à la pudeur" (art. 353 du Code pénal hellénique), tandis que par les autres non. Soit un citoyen retraité et pieux qui décide de voir un film dans un cinéma qui projette systématiquement des films érotiques. Au cas où le spectateur en question ressent un outrage à sa propre pudeur, est-ce que le crime correspondant a été commis par la personne qui exploite la salle de cinéma ? La réponse négative paraît aujourd'hui préférable. Il vaut mieux que les notions de "pudeur" ou de "sentiment commun" se concrétisent aux cercles limités des gens qui fréquentent les cinémas particuliers où sont habituellement projetés des films dits érotiques, à condition que ceux-ci soient en possession du visa d'exploitation (200/1983 Cour d'Appel, Thessalonique).

Dans une société pluraliste, force est pour tous de faire preuve de tolérance vis-à-vis des attitudes morales ou des préférences esthétiques d'autrui, aussi bien que l'autodétermination sexuelle des autres, comme expression de l'inviolabilité de la liberté personnelle de chacun. L'interprétation proposée est généralisable à chaque cas semblable, en vertu du principe général de l'égalité, peu importe la diversité spatiale des mœurs sociales dans un pays. Par contre, Chaim Perelman considère que le fait

de projeter même un film véritablement artistique pourrait être jugé punissable, si ce fait provoquait un outrage public à la pudeur d'une certaine audience, dans une région isolée, imprégnée par une austérité morale. L'auteur professe qu'il s'agit ici d'un jugement de valeur, qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation. Il fonde même son opinion sur ce qu'il appelle "prédominance du fait sur le droit" (7).

Et pourtant cette prise de position ne paraît exempte de désavantages. En premier lieu elle mine l'unité spatiale d'application du droit positif, en acceptant des dérogations au principe de l'égalité par rapport au maniement des litiges dont l'enjeu est identique. En second lieu, elle semble confondre question de droit et question de fait. Si une partie de certaine audience a désapprouvé les scènes érotiques d'un film, il s'agit là d'une question empirique, qui reste à prouver. Mais dans quelle mesure pourrait-on subordonner cet incident à la partie factuelle de la règle corrélative du Code pénal, dans la prémisse mineure du raisonnement judiciaire, il s'agit là d'une question normative. La dernière question dépend forcément de l'éclaircissement préalable de la notion "outrage public à la pudeur", dans le cadre de la prémisse majeure du raisonnement judiciaire.

Certes, l'interprétation des notions vagues court le risque d'une définition sémantique arbitraire. La marge de ce risque diminue par l'échange d'arguments persuasifs, de nature juridique et factuelle, ou encore, à long terme, par le fait que se développe la possibilité d'une correction mutuelle dans la jurisprudence. L'indétermination d'une notion peut parfois décroître à coup d'une intervention du pouvoir législatif, comme par exemple, au sens du "bien culturel". Même dans un cas pareil, pourtant, l'incertitude herméneutique ne peut pas disparaître complètement. Il est bien probable que même des définitions soigneusement données par le législateur peuvent se révéler inadéquates au cours de l'évolution dans la communication sociale et juridique. Quoiqu'il en soit, l'indétermination linguistique n'insinue en rien l'absence de contenu sémantique. Elle impose tout de même au jeu de l'interprétation une argumentation cohérente sur les conventions linguistiques décisives et sur la particularité pragmatique du cas en question, de sorte que soit assurée la possibilité de contrôle critique, ainsi qu'une mesure d'approbation intersubjective.

II.- RECHERCHE SÉMANTIQUE ET ACCOMPLISSEMENT PRAGMATIQUE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

A - LE BESOIN DE L'INTERPRÉTATION SÉMANTIQUE DES NORMES DU DROIT

Selon une sémantique "réaliste" (8), l'usage des termes juridiques se détermine par leur signification a priori. Leur signification est constituée par la mise au point des qualités inhérentes aux choses ou aux relations signifiées par les termes dont il s'agit chaque fois. Cette désignation s'opère au sein d'une communauté qui utilise le langage du droit, et elle est centrée sur l'usage des signes formé conventionnellement.

H.-J. Koch prolonge en grandes lignes la conception positiviste de l'"application" des normes du droit par les pratiques juridiques et judiciaires. Sous cet angle, la norme est conçue comme une signification complexe renfermée auparavant dans le texte de la règle, avant même que ne commence l'entreprise interprétative. Or son interprétation et puis le jugement judiciaire doivent en restituer le contenu

(7) *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris 1984, p. 141-142.
(8) Comme celle réalisée par H.-J. Koch / H. Ruessmann, *Juristische Begruendungslehre*, Muenchen 1982, p. 126-163.

sémantique. Ceci s'accomplit à travers les définitions adéquates des termes juridiques en question, au niveau de la proposition majeure du syllogisme judiciaire. La théorie positiviste de la norme juridique croit saisir le sens de la règle a priori, indépendamment des procédés institutionnels afférents à la formation de normes par voie d'interprétation des règles préétablies. De même, Koch donne raison au positivisme au moyen d'une théorie du langage du droit, étrangère à l'activité pratique des juristes, relative à la production créative de significations juridiques.

Ce qui est problématique dans cette conception, c'est justement qu'elle présuppose tacitement un vocabulaire idéal du langage juridique respectif d'un système de droit. En sus, elle maintient aussi l'existence de règles linguistiques permettant des définitions fausses ou vraies de termes juridiques. Elle soutient encore que le contenu de ce vocabulaire idéal est saisissable de façon empirique. Enfin elle s'efforce de frayer un chemin au-delà des méthodes dites "subjective" et objective", ce qui paraît absolument légitime. Mais à la place de cette fausse dichotomie, elle en introduit une autre, pas moins fragile que la précédente, entre ce qui a été dit et ce qui a été voulu par "le" législateur, comme s'il s'agissait de deux grandeurs autonomes ou distinctes.

Les thèses présentées ci-dessus prêtent à sérieuse critique (9), en ce que la signification des termes juridiques n'est absolument pas statique ou univoque, collée pour toujours en chaque signe juridique. Elle dépend au contraire des situations communicationnelles de leurs usages. Les conditions de leur compréhension se sont constituées socialement et institutionnellement, comme le sont d'ailleurs les conditions de la vigueur des normes du droit positif. Subséquemment, l'intelligence de leur sens commence par les usages faits par les sujets historiques et non par les signes du langage eux-mêmes. La clarté ou l'imprécision d'une règle ne peut non plus être décidée à partir de sa "lettre", mais à partir de son entendement intersubjectif, lié au fonctionnement de l'ordre juridique.

En conséquence, le sens d'un terme isolé s'obtient dans le cadre du système linguistique du droit, lui-même partie intégrante des pratiques discursives, au moyen de termes juridiques. On peut ainsi obtenir le sens d'un terme juridique par la corrélation de son usage concret avec les usages divers, effectifs ou virtuels, qui lui sont associés à un moment historique donné. Le langage juridique est un système de signes polyvalent, ouvert et poreux. "Ouvert" signifie principalement qu'on peut inventer ou découvrir des nouvelles nuances significatives, de même qu'on peut parvenir à des usages inattendus, aptes à s'en prévaloir dans la communication au futur. "Poreux" est le langage juridique, puisque les signes, employés dans la législation en vigueur disposent d'indétermination, déjà présente ou virtuelle.

La signification des termes juridiques ne se répète pas indéfiniment de façon invariable. Pas plus que ne peut être connu d'avance l'éventail des interprétations plausibles, indépendamment des contextes possibles de l'usage des termes. C'est pourquoi l'interprétation d'une règle consiste en une série de signes si possible équivalente, sans être pour autant finale ou fermée. *Bien que l'ordre juridique soit préétabli du point de vue linguistique, le langage juridique ne peut exister au-delà ou en dehors des actes langagiers des juristes et des stratégies discursives des forces combattant pour ou contre le pouvoir.* Le caractère de la communication linguistique est en quelque sorte expérimental, car les significations se forment, s'apprennent ou se transmuent au contact des utilisateurs de manière inductive.

Une théorie "sémantique réaliste" au contraire s'appuie sur l'usage prétendument déductif des termes du langage du droit. Ainsi elle absolutise les conventions courantes du langage juridique. Elle repose sur une idée erronée, à savoir

(9) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 74-86, 108-117.

quel langage et interlocuteurs nouent une relation extérieure, de sorte que l'intelligence du système du langage juridique préexistant tourne à une question simplement technique. Non moins fausse est l'idée que la limite possible de la "lettre" du texte est susceptible d'une détermination empirique. Même si la signification des termes ou des règles en cause serait scruté empiriquement, leur "observation" ne serait nullement exempte d'un moment interprétatif ou d'une attitude pré-hermeneutique (*Vorversteandis*). Le sens d'une règle réside dans l'interprétation capable de se prévaloir dans la communauté juridique, en raison de sa force argumentative. Proposer une interprétation juridique, c'est déjà agir d'après un motif normatif et dans un cadre normatif. La convention linguistique sur laquelle se bâtissent les interprétations plausibles d'une règle n'est pas un simple accord tacite, ni un fait itéré de façon inaltérable. Elle constitue une espèce de norme sociale, qui demande à être respectée au travail de l'interprétation. N'empêche que chaque nouvelle espèce de cas peut inciter une modification dans le groupe des nuances sémantiques, jusqu'alors connues, relativement au contenu normatif du texte de la loi.

Les difficultés exposées ici, s'enracinant aux prémisses même de la théorie de l'"application" de règles, ont depuis longtemps poussé plusieurs auteurs vers une conception dualiste de l'interprétation du droit. Traditionnellement, on propose en général une distinction assez nette entre l'interprétation juridique au sens étroit du terme et la formation de normes par la jurisprudence (10). Dans le premier cas, les tribunaux ne font que constater le sens des expressions de la loi, tandis que dans le second, ils façonnent leur contenu normatif créativement. Dans ce cas-là, les tribunaux fonctionnent exceptionnellement comme agents fondateurs de nouveaux usages juridiques.

Face au droit des lois, censé "statique", on affirme ainsi un droit des juges "dynamique" (Gesetzesrecht versus Richterrecht) (11). cette idée centrale se rencontre sous maintes versions et tonalités dans un ensemble énorme de courants de la pensée juridique contemporaine. Déjà Théodore Geiger et Hans Kelsen estimaient que les juges travaillent de façon créative, non seulement pour combler les lacunes du droit positif, mais encore à l'occasion de l'interprétation des notions à contenu variable et des principes généraux. Dès que l'interprétation s'achoppe à pareil problème, le devoir des juges de se conformer à la loi applicable se relâche (par exemple H.L.A. Hart), s'il ne se dissipe complètement (Hermann Isay). La même dichotomie méthodologique, plus ou moins marquée, a dirigé d'autres auteurs -comme K. Larenz, G. Radbruch, K. Englisch- vers une théorie du droit clairement spéculative, aspirant à couvrir les espaces hors le droit positif en faisant appel à des principes de "droit" soi-disant "objectifs", comme l'idée du droit, le droit naturel, la nature des choses, etc. Sous le prisme d'un pareil "platonisme de règles", le jugement juridique n'est que l'actualisation de règles préexistantes, de nature positive ou supra-positive peu importe.

La méthodologie traditionnelle du droit éprouve le besoin de recourir à de semblables constructions, précisément parce qu'elle part d'une conception des règles textuelle et statique (12). Ces constructions donnent l'impression qu'elles permettent un dépassement du strict positivisme juridique. En réalité, il s'agit simplement, dans la plupart des cas, d'une réfutation apparente et imparfaite, dans la mesure où elle favorise un étrange positivisme des juges. Certes, l'activité interprétative est

(10) Par ex. Koch / Ruessmann, *op. cit.*, p. 246-2170. K. Larenz, *Méthodenlehre der Rechtswissen schaft*, 4e ed., Berlin etc. 1979, p. 350-428.
(11) K. Englisch se réfère ouvertement à un droit jurisprudentiel (*Richterrecht*), *Introduction à la pensée juridique*, trad. grecque de la 7e ed., Athènes 1981, p. 131-214, même en vue de l'interprétation des termes vagues ou imprécis.
(12) Ce que remarque avec raison R. Christensen, *op. cit.*, p. 161-167.

beaucoup plus complexe qu'une œuvre de subordination de faits à la règle convenable. Ce qui est discutable, c'est la question de savoir si se relâche l'attachement de l'interprète au contenu normatif des règles en question (13). Au cœur de cette conception s'affiche une double approche douteuse, du langage juridique et de la norme du droit. Le langage du droit est supposé, sauf exception, précis et clair. Quant à la norme, elle est censée un texte disponible auparavant, stable puisque énoncé antérieurement par un autre agent, le législateur. Les deux positions pourtant paraissent aujourd'hui contestables, comme on s'est efforcé de le montrer dans la première partie du présent article.

B - LE BESOIN D'ACHÈVEMENT PRAGMATIQUE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

L'interprétation du droit ne peut pas s'achever au niveau de l'analyse sémantique des termes utilisés dans les règles impliquées. Les méthodes d'interprétation ne s'identifient à des règles relatives à l'usage linguistique correct des termes juridiques. L'interprétation du droit est loin de résoudre des énigmes linguistiques. Elle est vouée à prendre position sur des questions pratiques, au sens de la philosophie pratique, selon les traits juridiquement intéressants des cas considérés (14). La conception traditionnelle de l'interprétation juridique se meut dans l'espace intellectuel d'une "philosophie de la conscience". Celle-ci est dominée par la dichotomie entre sujet et objet de la connaissance, entre interprète et système juridique préexistant. L'approche de l'interprétation du droit présentée ici s'effectue au contraire à partir d'une théorie du langage juridique comme partie intégrante d'un ensemble institutionnalisé de pratiques communicationnelles. Sous cet angle, le langage juridique est conçu comme une activité intersubjective, historiquement conditionnée, activement insérée dans des formes de vie réglées par le droit.

D'après la tendance dominante dans la méthodologie juridique européenne, l'interprétation s'épuise à un travail cognitif sur les significations posées dans la législation en vigueur. Ce travail est pris pour une réflexion solitaire et monologique d'un juriste interprète isolé, dans les limites de la volonté législative telle qu'elle fut imprimée au texte de loi. Cette conception finit pas travestir le jugement juridique derrière une série de questions plutôt techniques, axées sur l'application correcte de règles du langage du droit. D'où il résulte une dégradation de la dimension pratique de l'interprétation juridique, aussi bien qu'une sous-estimation de sa nature dialogique.

a) Dans le droit privé hellénique, l'interprétation des déclarations de volonté doit fouiller la véritable volonté des parties contractantes, d'habitude privées d'ailleurs de culture juridique. Pour ce faire, on n'est pas obligé de s'attacher soit aux mots utilisés par les parties, soit à leur signification abstraite au langage quotidien. Ce qui compte, c'est de prendre en considération les conditions concrètes et pragmatiques de leur entendement. La règle de l'article 173 du Code civil grec peut alors être considérée comme une reconnaissance indirecte de la dimension pragmatique de l'interprétation des déclarations de volonté.

b) La concrétisation pragmatique de la norme formée par voie d'interprétation convient d'autant plus alors que la règle applicable contient une

(13) Sur le débat entre H.L.A. Hart et R. Dworkin, autour du "pouvoir discrétionnaire du juge", v. l'exposé instructif de P. Sourlas, *L'interprétation du droit et du politique, et la justification des jugements juridiques* (en grec), Athènes, 1989, p. 71-109.

(14) Une brève revue de courants qui se reconnaissent dans cette direction se trouve chez Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmastadt 1986. Cf. aussi les auteurs de la note 3, ainsi que les contributions au volume : Ot. Ballweg / T.-M. Seibert (ed.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg-Muenchen 1982.

expression qui connecte expressément le devoir-être avec une conduite ou un fait dans des conditions spécifiques. D'après la règle de l'article 11.2 de la Constitution hellénique, l'interdiction de rassemblements publics peut être prononcée par les organes policiers seulement après que ceux-ci aient estimé les circonstances particulières du rassemblement annoncé. Il faut alors tenir compte des conditions spécifiques, spatiales et temporelles, ainsi que de la situation concrète au point de vue de la sécurité publique. De la même façon, le danger d'une perturbation de la vie sociale et économique, provoquée par le rassemblement particulier, doit-il encore être jugé "sérieux" (CdE 4634/1977, 4° section).

c) Les contours pragmatiques de l'interprétation se font aussi sentir dans l'interprétation des notions vagues, notamment de nature axiologique. Par exemple quel type d'exercice d'un droit subjectif dépasse de façon évidente les limites imposées par les bonnes mœurs, la bonne foi, le but social ou économique du droit en cause (art. 281 Code civ. hell.), ceci pose une question de l'agir individuel ou collectif, et sûrement pas un problème de langage. Les juristes ne sont pas invités ici à mettre au point le sens abstrait d'une norme toute faite. Mais, en prenant appui sur la règle en question, ils doivent formuler une proposition interprétative, aux fins de la résolution raisonnable du litige. Cette interprétation repose de sa part sur une norme juridique formée par voie d'interprétation. Elle s'adapte à la particularité du type de relation en litige et aboutit à un jugement judiciaire porté au cas concret (*Entscheidungsnorm*) (15).

d) A un niveau plus général encore, l'achèvement pragmatique paraît indispensable à l'interprétation des notions vagues. A titre d'exemple fortuit le sens des "dépenses" faites pendant les fiançailles (art. 1347 Code civ. hell.) n'est pas perceptible au seul moyen d'une analyse sémantique du terme, comme s'il s'agissait d'un problème philologique. Une conception semblable présupposerait l'existence a priori de significations "vraies", indépendantes des contextes réels ou possibles de leurs usages linguistiques dans un ordre juridique, ce qui est absurde. Le sens de l'expression "dépenses" dans la règle en question ne pourrait pas non plus être saisi par l'examen de la manière dont "le" législateur s'en est servi. L'organe législatif s'est abstenu de préciser le sens de l'expression, et à juste titre. Il s'est borné tout de même à ajouter qu'on doit tenir compte des circonstances particulières, inhérentes à la relation concrète. Or le sens du terme donné peut s'obtenir en invoquant de manière concertée des arguments juridiques persuasifs, d'ordre historique, systématique ou téléologique. La force persuasive de chaque argument dépend, une fois encore, de sa pertinence par rapport aux traits pragmatiques juridiquement intéressants du cas considéré.

e) Pas moins décisive est l'importance de la concrétisation pragmatique dans la création dite jurisprudentielle de normes (*Rechtsforbildung*). La procédure administrative hellénique octroie le droit de faire opposition à une décision en raison de contumace, à la partie qui n'a pas pu comparaître au procès, parce qu'elle n'avait pas été dûment ajournée. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État proclame, depuis pas mal de temps, qu'on ne saurait exclure, à partir de l'expression évidemment étroite du texte de la loi, la possibilité pour la partie vaincue par contumace de faire aussi opposition, si elle n'a pas pu comparaître au procès pour raison de force majeure (CdE 2097/1979, 5015/1987, 26/1990).

Le tribunal a soutenu son interprétation créative sur ce que les "principes généraux du droit pour la force majeure" sont applicables sans que soit nécessaire une régulation correspondante préalable. S'appuyant donc sur ces principes, le tribunal s'est mis à élaborer une norme particulière, intermédiaire, pour faire face au

(15) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 300-306.

vide laissé par les règles en la matière. Ce qui autorise l'interprétation en cause, c'est une fois de plus la particularité pragmatique de la situation d'une partie battue par contumace, parce qu'empêchée par force majeure. Cette argumentation se corrobore aussi, si on la met en rapport avec le droit constitutionnel à la protection judiciaire. Pour établir le jugement considéré ici, on fait autre chose que de transposer le sens tout prêt de certains principes au cas particulier, comme le croyait l'ancienne théorie "herméneutique" de type Fr. Scheleiermacher. Il s'agit plutôt d'un processus de formation d'une norme particulière à partir d'une norme d'envergure plus générale et abstraite, processus dont l'issue est loin d'être déterminée auparavant.

Les exemples cités ci-dessus plaident pour la thèse selon laquelle l'interprétation s'accomplit à un niveau pragmatique, compte tenu de la nature juridique propre au type de la situation portée devant le tribunal. Pour la même raison on ne saurait exclure l'hypothèse que notre jugement peut varier d'un groupe de cas à un autre, si les linéaments de la qualification juridique de deux cas ne se recouvrent pas. L'attachement des juristes à quelque définition préconçue d'une expression de la loi, pire encore l'itération servile ou paresseuse de certaines interprétation des règles, peuvent conduire à un jugement déraisonnable ou inéquitable. La croyance que l'interprétation juridique équivaut jusqu'au bout à une illumination sémantique de significations préétablies alimente une hypostasiation des termes juridiques, ce qui comporte le risque de résolution injuste des litiges (16).

Le risque sus-mentionné a été suffisamment repéré par les courants de la pensée juridique contemporaine qui insistent sur l'orientation du raisonnement juridique par les qualités intrinsèques du problème donné (*Problemdenken*), et pas uniquement par des considérations sémantiques tenant du système de règles en place. La récente théorie "herméneutique", la topique ou la nouvelle rhétorique, au moment négatif de leur critique, blâment justement la sémantique pétrifiée des courants adversaires. Elles lui reprochent aussi la fausse autocompréhension des juristes se tenant "en dehors" des circonstances qu'ils jugent. Dans cette conception, l'impartialité judiciaire désirable se confondrait à tort avec quelques espèce d'indépendance ontologique des juristes, ce qui est en fait loin d'arriver. Au moment constructif de leur critique, les courants cités plus haut défendent le besoin d'une théorie pragmatique d'interprétation du droit. Les procédés de saisir le contenu normatif des règles sont des pratiques sociales, étroitement liées tant avec la texture particulière des cas sous jugement qu'avec l'intervention herméneutique des juristes. Le sens normatif des règles est illuminé à la longue, à l'occasion donnée sans cesse par des états de choses variables.

Il serait pourtant incorrect de préconiser la résolution des litiges au cas par cas, au prix d'une sous-estimation de la valeur normative des solutions y apportées (17). J.-F. Lyotard, par exemple, proclame avec raison que dans le jugement juridique se faufile inéluctablement un élément volitif de celui qui juge. Cependant, l'auteur semble se compromettre avec une absolutisation de la faculté de jugement aux cas délicats. Il suggère que se déroule alors un jeu interprétatif du langage juridique débarrassé de la force normative des règles, au cours duquel la volonté de l'interprète se manifeste comme liberté transcendantale (18). Ainsi la décision serait

(16) En autres, cf. W. Gast, "*Recht als ius argumentandi*", et T.-M. Seibert, "*Fall, Regel und Topos*", dans le volume : O. Ballweg / T.-M. Seibert, *op. cit.*, p. 297 et s., 321 et s.

(17) Ce faux pas n'est pas enfin évité, semble-t-il, par H. Rodingen, *Pragmatik der juristischen Argumentation*, Freiburg-Muenchen 1977, p. 148 et s.. L'auteur professe que l'attachement des juges à la loi au fond s'éteint avec les cas difficiles.

(18) Cf. Lyotard / Thebaud, *Au juste*, Paris, 1976, p. 141, 161. De façon similaire K.-H. Ladeur, ""*Abwaegung*" - *ein neues Rechtsparadigma*," ARSP 1983, p. 473, 475, 478.

rendue essentiellement incontrôlable, ce qui serait lourd de conséquence graves, sinon néfastes, pour les libertés des citoyens.

On ne saurait souscrire à cette prise de position, non seulement au point de vue moral et politique, mais aussi parce qu'elle est critiquable comme inexacte. Elle passe outre *l'obligation, et dans une certaine mesure également la pratique, des juges à fonder -dans la prémisse majeure de leur raisonnement- une norme de droit apte à être appliquée à tout autre cas identique en vigueur de laquelle ils rendent justice*. Ce que fait la décision du juge, ce n'est pas simplement de résoudre un litige, voire n'importe comment. La besogne judiciaire consiste bien plus à la justification argumentative adéquate de l'interprétation proposée. Se réfugier donc dans un décisionisme judiciaire ne peut se fonder ni par la disparité des différentes possibilités interprétatives ni en vertu du caractère combatif des querelles juridiques.

L'éventail des choix interprétatifs plausibles n'est point inépuisable. Il est conditionné par la portée normative des règles applicables, et par le substrat pragmatique de l'affaire sous jugement. En tout état de cause, la solution est tranchée dans le cadre d'une culture d'argumentation juridique fondée sur les principes de l'état de droit et de la démocratie. Le refoulement de critères de justesse absolus n'abroge aucunement la nécessité de mettre en corrélation des interprétations possibles et évidemment divergentes autour d'une question juridique. Le jeu du langage juridique pendant l'entreprise interprétative est mené au milieu d'aspects pragmatiques, ce qui ne rend plausible qu'un nombre limité d'interprétations différentes. En outre, il se peut que, parmi celles-ci, une interprétation l'emporte sur les autres en raison de sa supériorité argumentative. Par contre, une thèse comme celle de Lyotard, très courante de nos jours à l'approche du droit dite postmoderne (19), primo renonce à discerner une interprétation meilleure d'une autre mal fondée ; secundo est incapable de distinguer entre l'exercice légal ou pas du pouvoir.

(19) Très éloquentes à ce propos les opinions exprimées sous un aspect "nihiliste" par Peter Goodrich, *Reading the law*, Oxford 1986, p. 216-218. Très apparentées les vues de C. Douzinas / R. Warrington / S. Mc Veigh, *Postmodern Jurisprudence*, London 1991, p. XI, 230.

L'APPROCHE SYSTÉMIQUE ET LE RÉALISME JURISPRUDENTIEL : UN CAS D'ACTION DU SOUS-SYSTÈME JUDICIAIRE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Par

Nikolaos INTZESSILOGLOU
Professeur Agrégé - Université "Aristote" Thessaloniki (Grèce)

PLAN

1 - INTRODUCTION

2 - APPROCHE SYSTÉMIQUE ET RÉALISME SOCIOLOGIQUE EN DROIT

2.1 - LA PLURALITÉ DES APPROCHES SYSTÉMIQUES DANS LE DOMAINE JURIDIQUE

2.2 - LE PROJET DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE À SYSTÈME OUVERT ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN GÉNÉRAL

3 - ÉTUDE DE CAS : L'ENTREPRISE EN TANT QUE SUJET ORIGINAL DANS LE DROIT EUROPÉEN

3.1 - LES DONNÉES JURISPRUDENTIELLES

3.1.1. - L'action de la Commission CEE

3.1.1.1 - Au sujet original d'entreprise par le biais du concept de l'accord

3.1.1.2 - Au sujet original d'entreprise par le biais de l'imputation des pratiques concertées

3.1.2. - L'action de la CJCE

3.2. - L'UNITÉ DU GROUPE DE SOCIÉTÉS EN TANT QUE CRITÈRE D'ÉMERGENCE DE L'ENTREPRISE-SUJET ORIGINAL DU DROIT DE LA CONCURRENCE

*

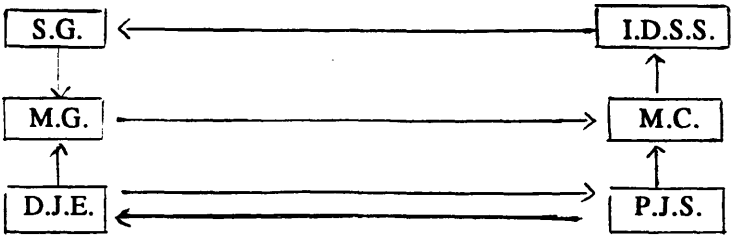
1 - INTRODUCTION

L'idée conductrice de ce rapport réside dans l'ambition d'élaborer, à l'aide de l'approche systémique un instrument analytique visant à saisir les diverses manifestations du phénomène juridique, et principalement celles de l'action du système judiciaire, en tant que processus de régulation sociale.

Notre perspective se veut réaliste non seulement en raison des relations de voisinage conceptuel très proches qu'elle maintient avec le réalisme juridique et son expression peut être la plus significative, celle du réalisme jurisprudentiel, mais parce qu'elle prétend dévoiler les relations étroites réellement existantes et reliant les normes juridiques aux faits sociaux indépendamment de l'attitude théorique, intellectuelle et idéologique du dogmaticien et de l'interprète des textes juridiques.

Nous référons à l'approche systémique, dans la mesure où celle-ci peut nous procurer les outils conceptuels indispensables pour saisir et exprimer le haut niveau de complexité du phénomène juridique qui ne se réduit plus à la seule dimension normative.

Nous pouvons représenter par le schéma suivant les divers passages et les processus qui mènent du concept de système général élaboré dans la théorie générale des systèmes, jusqu'à la phase de la singularité du concept de système appliqué à l'étude d'un phénomène juridique concret (1).



S.G. = Système général élaboré par la théorie générale des systèmes
M.G. = Modèle général du phénomène juridique
M.C. = Modèle d'un phénomène juridique concret
I.D.S.S. = Isomorphismes dans les divers domaines de la science
D.J.E. = Doctrines, jurisprudences et expériences juridiques
P.J.S. = Phénomène juridique singulier étudié

Dans le cadre de ce rapport, le phénomène juridique singulier étudié est l'émergence du concept d'entreprise en tant système-sujet original du Droit de la concurrence CEE, par l'intermédiaire de l'action du sous-système judiciaire de la Communauté Européenne (CJCE et Commission).

En adoptant une perspective que l'on peut qualifier de réaliste, pragmatiste et sociologique, nous essayons de démontrer le rôle ordonnateur du juge dont l'apport dans la réalité juridique peut être fondamentalement nouveau et créatif.

(1) Voir Intzessiloglou (N), "*Essai d'identification de la totalité sociale du phénomène juridique en tant que système*", in "Rechts-theorie", Beiheft 10, Berlin, 1986, pp. 271-279.

2 - APPROCHE SYSTÉMIQUE ET RÉALISME SOCIOLOGIQUE DU DROIT

2.1 - LA PLURALITÉ DES APPROCHES SYSTÉMIQUES DANS LE DOMAINE JURIDIQUE

Le concept et la notion de "système" ont un contenu significatif très riche et variable selon la discipline, la branche scientifique ou le domaine d'activité théorique ou pratique dans lesquels ils sont utilisés (2).

Cette polysémie du concept de système conduit à l'adoption du terme "approche systémique" pour désigner une multitude de démarches cognitives et pratiques-empiriques dans lesquelles l'objet de la connaissance ou de l'élaboration est conçu en tant que système.

Cette absence de statut de méthode unique est en même temps un avantage et un désavantage du point de vue méthodologique. Avantage dans la mesure où l'approche systémique n'est pas qualifiée par un dogmatisme qui mène à une sclérose intellectuelle, mais elle s'adapte aux besoins et aux conditions concrets de chaque recherche en misant sur l'imagination créative du chercheur (fonction heuristique de l'approche systémique) ; et désavantage, quand même, dans la mesure où l'utilisation du concept de "système" n'est pas possible sans prêter à des confusions terminologiques et à des contresens qui rendent parfois la communication et la compréhension mutuelles entre scientifiques très difficiles.

En fait, il y a presque autant de sortes de systèmes juridiques avec des statuts épistémologiques et des fonctions méthodologiques différents, que des variétés et des variances de conceptions et d'usages du terme de "système" dans ce courant multiforme que l'on peut, en partie abusivement, appeler sous la dénomination commune d'"approche systémique" (3).

Toute recherche qui s'inspire de certaines qualités ou propriétés des systèmes dans n'importe quelle activité scientifique, théorique ou pratique afin de décrire, représenter, faire comprendre, expliciter, expliquer le phénomène juridique ou même rendre plus efficace le fonctionnement du Droit, peut être considéré comme comportant une certaine idée de ce que l'on peut appeler le "système" juridique.

Traditionnellement on parle de système juridique chaque fois que l'on essaie de dépasser le morcellement du Droit dû à la spécialisation croissante de ses branches, et d'assurer son unité qui devient de plus en plus problématique à l'époque contemporaine ; quelquefois il s'agit en fait d'une manière assez simpliste, lorsque elle est exclusivement descriptive, de l'application du systémisme pour élaborer un modèle moniste du Droit principalement étaticopositf. Mais dans d'autres cas, on peut trouver des constructions très intéressantes, surtout dans un courant plus ou moins neokantien, qui visent à fonder soit la validité, soit la normativité (soit toutes les deux et le caractère donc obligatoire des règles du Droit sur le fait de leur appartenance soit :

1) à un système juridique organisé autour d'une idée de justice (telle, par exemple, l'idée d'une justice-augmentation de la liberté individuelle et sociale comme c'est le

(2) Pour une liste de 24 définitions de la notion de système Klir (G.J.), "An approach to general systems theory", N.Y., Cincinnati, Toronto : Van Nostrand Reinhold, 1969, pp. 283-284 et 285. Voir aussi colloque de Cerisy, "Perspectives systémiques", Limonest (France) : L'interdisciplinaire, 1989, et Decleris (M), "The evolution of System Thinking", in "Manuel de systémique", Athens, Euyropean Systems Union, 1991, pp. 13-23.

(3) Pour une "Évaluation critique du paradigme, systémique dans la science du droit", voir l'article avec le même titre de Ch. Grzegorczyk, dans la revue "Archives de Philosophie du Droit", 1985, pp. 281-301. Cet article contient une classification intéressante des appréciations du concept de système en Droit. Nous adoptons en principe les lignes générales de cette classification dans notre rapport.

cas du grand philosophe du Droit Constantin Tsatsos) ou autour d'autres finalités de telle sorte que le système juridique comporte dans un ensemble unifié la réglementation positive, des principes généraux infra-constitutionnels et supra-constitutionnels, des valeurs ;
2) à un système juridique formel-pyramide de processus de production de normes juridiques (comme c'est surtout le cas du grand théoricien du Droit Hans Kelsen). Dans ce dernier cas, le droit constitue un système unifié, puisque ses éléments sont tous normatifs, et ces derniers le sont précisément car le système leur octroie cette qualité.

Une autre manière, par certains aspects, différente et très intéressante d'utiliser le concept de système dans le domaine juridique, consiste dans l'effort d'élaborer un système de Droit qualifié par une prévisibilité au niveau pratique des décisions à prendre. Dans ce cas, le Droit par l'application d'une sorte de théorie formelle de la décision (voir par exemple la théorie des jeux) peut devenir un champ de décision dans lequel l'indécidable n'existe pas. Il s'agit en fait d'éviter les lacunes décisionnelles (que ce soit au niveau judiciaire, administratif ou autre) et d'exclure la possibilité d'antinomies de décisions (4).

De même, et dans un cadre d'idées analogues, on peut tenter d'organiser le Droit en un ou en plusieurs systèmes logiques de type axiomatique. Mais cette tentative ne paraît pas avoir quelques chances de succès, et cela non seulement pour des raisons pratiques et empiriques, mais aussi pour des raisons exclusivement analytiques (5). De plus, le système du Droit, en raison même de la nature de ses éléments constitutifs, du grand nombre de facteurs qui influencent la prédictibilité des solutions juridiques, ainsi que des fonctions sociales que le système juridique doit remplir, est et doit rester dans son ensemble essentiellement ouvert et incomplet. Cette constatation n'exclut pas naturellement l'élaboration de petites systèmes-calculs concernant seulement des parties réduites du système juridique total (6).

Les applications les plus modernes et les plus réussies de l'analyse systémique dans le domaine juridique comportent l'ensemble des tentatives d'application des théories ou des modèles systémiques de nature structuro-fonctionnelle, socio-sémiotique, cybernétique, autopoiétique, autoréférentielle, communicationnelle etc. (voir surtout T. Parsons, N. Luhmann, G. Teubner, Wilke, J. Habernmas), qui d'une manière ou d'une autre tiennent compte de la dimension sociale du Droit, étant donné que des systèmes normatifs ou plus simplement des normes juridiques sont incapables de faire des échanges, ou de communiquer, ou d'exercer une fonction de contrôle etc. sans tenir compte de la dimension et de l'ouverture sociale du système juridique.

Les différentes manières d'appliquer le concept de système se différencient entre elles selon l'usage quelles font du concept de système, et l'accent qu'elles mettent sur certaines des propriétés du système en général.

Ainsi on peut distinguer les approches systémiques du Droit selon le critère de l'accent qu'elles mettent :
a) sur la relation qui existe entre système juridique et structures sociales (voir T. Parsons) ;
b) sur la dimension fonctionnelle et autopoiétique du système juridique (voir N. Luhmann) ;

(4) Ibid.
(5) J.L. Gardie, "en quel sens un droit, un système de dispositions juridiques, peut-il être dit complet ?", in "Archives de Philosophie du Droit", 1985, pp. 281-301. Cet article contient une classification intéressante des appréciations du concept de système en Droit ; Nous adoptons en principe les lignes générales de cette classification dans notre rapport.
(6) Voir aussi Grzegorczyk (ch), ibid.

c) sur le caractère autoréférentiel du Droit (voir G. Teubner) ;
d) sur le caractère analytique du système (Parsons) ;
e) sur l'existence sociale des systèmes (Luhmann) ;
f) sur le problème de la légitimité formelle (Luhmann) ou non formelle (Habermmas, Teubner et Wilke) du système juridique ;
g) sur les relations de contrôle entre système de type cybernétique (social engineering et social design) etc.

Nous signalons que sur une certaine mise en relief de quelques qualités du concept de système telles la totalité, l'homéostasie, l'équifinalité, la capacité d'autoreproduction, la fermeture, le contrôle, la causalité circulaire, le développement de variétés afin de contrôler son propre environnement etc., la théorie des systèmes dits autopoiétiques (voir surtout Maturana et Varela) trouve des fondements d'une certaine manière axiomatiques.

La théorie des systèmes autopoiétique est surtout, née dans le domaine de la biologie (voir surtout Varela et Maturana) (7), mais elle est aussi appliquée dans les champs d'investigation des sciences sociales (8) et plus particulièrement pour l'étude du Droit (v. surtout Nonet et Selznick (9), Niklas Luhmann (10), ainsi que, surtout dans la version réflexive de l'autopoiétique, G. Teubner et Wilke (11)).

Très brièvement nous rappelons le principe fondamental de l'approche autopoiétique selon lequel tout système autopoiétique est en même temps ouvert et fermé (par exemple, le système-organique biologique est ouvert à son environnement du point de vue énergétique (par exemple du point de vue nutritif) et plus ou moins fermé du point de vue de sa forme générale dans la mesure où celle-ci est déterminée par le code génétique). Tout système autopoiétique dispose des mécanismes

(7) voir surtout les œuvres suivantes : Maturana (H.R.), "Biology of cognition", BCL Report n° 9.0 biological Computer Laboratory, Urbana (Ill.), 1970 ; Maturana (H.R.), Varela (F.), Uribe (R.B.), "autopoiesis : The Organization of Living systems ; its characterization and a model", in "Biosystems", 5/1974, pp. 187-196 ; Zeleny (M.), "autopoiesis : A Theory of the Living Organization", New York, 1981 ; Varela (F.J.), "Autonomy and Autopoiesis" in Roth (G.), Schwengler (H.) (eds) : "Self-organizing systems ; Ans interdisciplinary approach", New York, 1981, pp. 14-23.

(8) Voir surtout entre autres, Luhmann (N.), "Soziale System", Frankfurt a.M. 1984 ; Luhmann (N.), "Die Autopoiesis des Bewusstseins", in Hahn A.), Kapp (V.), "Selbstthematisierung und Selbstzugnis : Bekentnis une Gestanndnis", Frankfurt a.M., 1987, pp. 25-94 ; Luhmann (N.) : "Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches system" in Zeitschrift für soziologie", 13/1983, pp. 308-328 ; Luhmann (Zwischen Intransparenz und Verstehen, Fragen an die Pedagogik", Frankfurt a.M. 1986, pp. 72-117 ; Hejl (P.) : "Sozialwissenschaft als Theorie Selbstreferentieller System", Frankfurt a.M. 1982 ; Hejl (P.), "Die Theorie autopoietischer System. Perspektiven für die soziologische Systemtheorie", in 13/1982, Rechtstheorie, pp. 45-88.
Voir aussi Teubner (E.) ed.), "autopoietic Law : A New Approach to Law and Society", Florence : European University Institue, 1987 où on trouve des exposés ainsi que des critiques à propos de l'analyse autopoiétique du Droit proposée par N. Luhmann. Aussi pour une citrique de l'autonomie du Droit chez Luhmann, voir centre autres Rottleuthner (H.) : "A purified sociology of Gaw : Nikolas Luhmann on the autonomy of the legal system", in "Law and Society Review", vol. 23, number 5, 1989, pp. 779-797.

(9) Voir Nonet (P.), Selznick (P.) : "Law and Society in Transition : Toward responsive Law", New York, 1978.

(10) Voir entre autres : Luhmann (N.), "Einige Probleme mit "reflexiven Recht", in "Zeitschrift zur Rechts soziologie", 6/1985, pp. 1-18 ; Luhmann (N.), "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", in "Rechtstheorie", 19/1988, pp. 11-27.

(11) Teubner (G.), "Recht als autopoietisches system", Frankfurt a.M. 1989.
A propos du phénomène de la réflexivité en général, voir Suber (P.), "A Bibliography of Works on Reflexivity", in Barlet (S.J.), Suber (P.) (eds), "Self-Reference Reflections on reflexivity", Dordrecht, 1987.
Sur l'application de la réflexivité en Droit, voir plus particulièrement : Teubner (G.), "Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhaltnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution une Autopoiesise", in Haferkamp (H.), Schmid (M.), "Sinn, Kommunikation Theorie sozialer Systeme", Frankfurt a.M., 1987, p. 89-128 ; Teubner (G.), Willke (H.), "Kontext und Autonomie : Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", in "Zeitschrifft für Recht soziologie", 5/1984, pp. 4-35 ; Karkatsoulis (Panayotis) : "Autopoietiko dikaio kai ysteroviomichaniko kratos" ("Autopoietic Law and post-industrial State") in revue "Aissymnitis : Annales de Sociologie juridique" (Thessaloniki) 1988-1989, n° 2, pp. 99-133 (en langue grecque avec des résumés en anglais et en allemand).

nécessaires non seulement pour reproduire sa propre identité, mais aussi pour observer son propre environnement (d'une manière qui est particulière au système lui-même) et l'influencer d'une manière profitable aux objectifs et aux conditionnements internes au système.

Pour Varela, un des pères fondateurs de la théorie des systèmes autopoiétiques, tous les échanges de tels systèmes avec leur environnement sont et ne peuvent qu'être traités que comme des perturbations dans le cadre des processus qui définissent leur clôture (12).

En règle générale, dans le cadre de la théorie des systèmes autopoiétiques, le caractère autonome de perception et d'action du système autopoiétique est particulièrement souligné ; selon notre avis, quelquefois cette tendance, qui est en principe scientifiquement légitime, peut conduire à certains excès, surtout dans les cas où malgré les annonces préalables à propos du caractère semi-autonome (ouvert et fermé en même temps, et fermé parce que ouvert) du système, on se passionne à déterminer les mécanismes et les processus d'autoreproduction et d'autopoiésis qui font la particularité de l'analyse autopoiétique. De l'étude de ces mécanismes on peut tirer certaines conséquences théoriques ou même, dans le cas des sciences sociales directement pratiques et politiques. Ainsi dans le cas de la science juridique plus particulièrement, le Droit paraît acquérir une grande autonomie par rapport aux autres sous-systèmes sociaux et disposer d'un logique de fonctionnement qui lui est propres, qui peut donc éventuellement échapper à une critique qui tient compte de la réalité de l'environnement social. L'État est aussi invité à se retirer du champ social, à ne plus intervenir -en utilisant le droit- dans le fonctionnement des autres sous-systèmes sociaux, et, selon certaines versions de la théorie autopoiétique, une disposition polycentrique du pouvoir de décision politique paraît mieux répondre aux exigences de la théorie, des systèmes autopoiétiques (13). Ces applications et ces conséquences présupposeraient normalement la constitution empirique des frontières du système singulier étudié, ainsi que du degré et de la nature de la fermeture réelle du système pour ne pas introduire d'une manière dogmatique (à savoir sans discussion préalable et sans possibilité de falsification empirique) dans la recherche scientifique, des principes généraux et abstraits qui éventuellement ne correspondent pas dans leur totalité aux réalités sociales sur lesquelles ils doivent être appliqués.

Dans le domaine juridique, très souvent, on fonde l'utilisation des préceptes de l'analyse des systèmes autopoiétiques sur la seule constatation d'ordre général selon laquelle la société moderne est très complexe et, par conséquent, les résultats de l'intervention du Droit dans les autres sous-systèmes juridiques sont imprévisibles si non indésirables. Quelquefois même on postule l'autonomie des sous-systèmes sociaux (politique, juridique, économique, etc.) dans les sociétés contemporaines comme une sorte de donnée indiscutable.

Cette manière d'utiliser l'analyse des systèmes autopoiétiques peut, selon notre avis et malgré nos réticences (14), être scientifiquement légitime dans la mesure où elle se limite à un effort cognitif qui vise à la clarification, à l'explication et à une meilleure connaissance des processus d'autopoiésis d'un système singulier étudié, sans pour autant présupposer l'accomplissement et le fonctionnement parfait de ces mécanismes et processus autopoiétiques au niveau empirique. Le degré d'accomplissement ainsi que la manière de fonctionnement des mécanismes et des

(12) Voir Varela (F.), "Principes of biological autonomy", N.Y. : North Holland Pub., 1979, p. 59.
(13) Voir entre autres Krawietz (Werner) : 'I Koinoniologiki ennoia tou Dikaiou" ("The sociological concept of Law"), in Review "Aissymnitis : Annals of Sociology of Law (Thessaloniki), n° 1, 1988-89, pp. 74-93.
(14) Pour d'autres réticences d'ordres différents, voir entre autres Arnaud (A.-J.), "Le Droit, un ensemble peu convivial" in "Droit et Sociétés", n° 11-12, 1989, pp. 79-95 et surtout pp. 84 ss.

processus autopoiétiques doivent, selon notre avis, rester des grandeurs à mesurer au moyen des recherches empiriques dans chaque cas singulier étudié.

Certainement il y a des systèmes qui sont qualifiés, comme cela est souligné par la théorie des systèmes autopoiétiques, par un certain degré d'autonomie vis-à-vis de leur environnement, d'une autonomie fondée sur une certaine clôture qui est une ouverture contrôlée par les systèmes eux-mêmes, par exemple au moyen de quelques interfaces réceptrices et effectrices qui permettent aux systèmes de concevoir leur propre environnement par l'intermédiaire de leur propre structure interne. Mais, selon notre avis, cela ne signifie pas que les systèmes ne perçoivent que des phénomènes intérieurs aux systèmes. Cela ne signifie pas non plus que l'input venant de l'extérieur perd son statut d'input parce qu'il est traduit par un phénomène intérieur au système, parce qu'il est donc intériorisé au système et compris par celui-ci dans un langage lu par le système lui-même. Et on ne doit jamais oublier qu'il s'agit de l'externe traduit en code interne, mais interprété comme externe. Le système qui conçoit ou qui perçoit, se construit un modèle du monde objectif dans lequel il se représente lui-même en tant que sujet de perception. Et ce n'est que dans ce cadre du modèle du monde objectif élaboré par le système, que cela a un sens de parler d'intérieur et d'extérieur, et donc d'inputs et d'outputs. Et certainement, dans cette perspective, tout est interne : mais à certains phénomènes internes est attribuée une signification externe. En fait, le représentant est toujours interne, le représenté est quelquefois externe (15). On risque d'oublier cette extériorité en succombant au charme magique de la répétition incantatoire des mots-clés de la théorie des systèmes autopoiétiques, et de se laisser piéger ainsi dans un monde qui semble être dominé, selon un langage psychanalytique, plutôt par le principe freudien du désir (structure interne et processus autopoiétiques du système) que par celui de la réalité (l'environnement du système) (16).

Pour que toutes ces sortes d'approches systémiques puissent être réalistes dans leur application, et utiles pour une meilleure compréhension globale du phénomène juridique dans sa plus grande généralité en même temps que dans la particularité de ses multiples formes d'apparitions, il nous paraît indispensable d'introduire dans le concept même du système juridique la dimension sociale du Droit non plus comme une réalité externe environnante du phénomène juridique mais comme un élément, au moins en partie, constitutif du système juridique.

En tenant compte en premier lieu des différents usages déjà faits dans le passé du terme "système juridique" et en second lieu des conceptions les plus modernes et, selon notre avis, les plus créatives à propos des qualités et des fonctions du concept de système en général, nous essayons par la suite de proposer l'élaboration d'un "projet de recherche scientifique à système ouvert" qui a comme ambition d'utiliser l'apport heuristique, conceptuel, modélisateur etc. du systémisme moderne, et de relier la recherche théorique avec la recherche empirique-sociologique dans le domaine juridique tout en refusant, par son ouverture épistémologique, de revendiquer pour l'approche systémique un statut d'impérialisme méthodologique.

(15) Bonsack (F.) : "Réponse à M. Tabary" in "La systémique en tant que nouvelle forme de connaissance", Association F. Gonseth, février 1991, p. 186.

(16) A propos de l'application de certains concepts de la psychanalyse freudienne, tels les principes du désir et de la réalité, pour l'étude du Droit, nous signalons surtout l'œuvre de Luis Alberto Warat, et plus particulièrement son article, "Democracia, derechos humanos y pos-modernidad : Una reflexion sociologica a partir de principio de realidad en Freud" in "Onati Proccedings", 2/1990, "Sociology of Law Splasches and Sparks : the best of the 1st and 2nd High Level Seminar (1989-1990)", pp. 163-172.

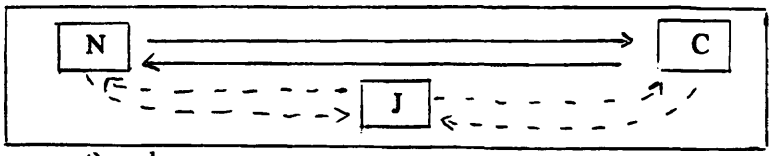
2.2 - LE PROJET DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE À SYSTÈME OUVERT ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN GÉNÉRAL

Pour éviter certains malentendus et excès déjà signalés dans l'application de la théorie des systèmes autopoiétiques, et pour avancer dans la direction de la connaissance du phénomène juridique global, à savoir dans sa dimension sociale, nous considérons qu'il est indispensable d'adopter une stratégie d'approche du système juridique, qui met l'accent sur sa qualité de système ouvert (17).

Sur le concept de système ouvert on peut, selon notre avis, fonder une approche interdisciplinaire (18) du phénomène juridique, dans la mesure où celui-ci n'est pas considéré comme un simple système normatif (objet d'étude exclusif des dogmaticiens du Droit), mais comme un système de relations entre trois sortes d'éléments : des règles-mesures, des comportements-grandeurs à mesurer, et des éventualités d'intervention d'un mécanisme de mesurage doté d'autorité, selon le schéma suivant (19) :

---

(17) Il s'agit d'une ouverture ontologique, d'une ouverture épistémologique et d'une ouverture existentielle concernant tantôt le système-sujet connaissant, tantôt le système-objet d'étude. Voir surtout Intzessiloglou (N), "L'approche d'un projet d'étude interdisciplinaire du phénomène juridique", in "Travaux du 1er Congrès européen de systémique", Lausanne, Octobre 5-6 1989, AFSET, pp. 155-167.
L'ouverture ontologique consiste dans la prise de conscience de l'interdépendance infiniment complexe existant entre phénomènes de tout ordre dans notre univers tant très proches que très éloigné. De cette interdépendance surgissent, au niveau de chaque totalité particulière et singulière, des qualités et des caractéristiques nouvelles qui seraient inexistantes au seul niveau des éléments.
Cette ouverture ontologique constitue aussi une ouverture vers le temps historique et par conséquent elle comporte une reconnaissance du caractère irréversible de certains processus évolutifs. Ainsi, puisque les phénomènes étudiés sont supposés être interdépendants à l'infini, la connaissance scientifique que l'on a d'eux, ne peut jamais être exhaustive et cette insuffisance impose une ouverture épistémologique. C'est-à-dire, pour que l'ouverture ontologique débouche sur l'interdisciplinarité, les sujets connaissants doivent accepter un découpage transversal de leur point de vue de spécialistes.
Un tel découpage transversal s'obtient lorsque la connaissance scientifique est organisée non seulement sur la base du point de vue de chaque science (discipline ou branche scientifique), mais aussi sur la base de l'objet scientifiquement investi.
L'ouverture existentielle constitue une manière de penser et de vivre d'une conscience prête à déplacer toujours plus loin et ailleurs les limites de la compréhension du monde, et ouverte à l'entendement toujours incomplet de la particularité et de la variété infinies des objets étudiés.
En combinant ces trois sortes d'ouverture, on peut arriver à un savoir critique et à une auto-observation du système lui-même qui dans notre rapport est le système du Droit en tant que phénomène social (pratique quotidienne plus connaissance et activité scientifique dans le domaine juridique).
(18) Voir surtout Intzessiloglou (N.), "Essai d'élaboration d'un programme de recherche scientifique interdisciplinaire, pour l'étude du phénomène juridique", in "Revue interdisciplinaire d'Études juridiques", (Bruxelles), 1987, n° 19, pp. 43-82.
l'interdisciplinarité ne peut avoir les résultats escomptés, elle risque de rester une incantation superficielle, si elle ne se fonde pas sur l'élaboration d'un programme de recherche scientifique au sein duquel chaque étude ou intervention juridique peut occuper une place identifiable par rapport à la place occupée par d'autres approches ou interventions relatives, elles aussi, à l'investigation scientifique du phénomène juridique.
Parmi toutes les stratégies possibles pour fonder l'interdisciplinarité sur un programme de recherche scientifique, nous préférons et nous adoptons, à cause de son haut niveau d'opérationnalité, la stratégie impliquée dans les approches systémiques.
Il s'agit en principe d'utiliser l'approche systémique pour identifier le phénomène juridique en tant que phénomène social, au moyen d'un masque-modèle systémique du Droit.
A propos des différents types d'approches interdisciplinaires possibles du phénomène juridique, ainsi qu'à propos de plusieurs "technique" pour atteindre l'interdisciplinarité en Droit, voir entre autres, "Droit et Jeu : Variations interdisciplinaires".
(19) Nous devons rendre clair que nous ne cherchons pas à définir-modéliser le phénomène juridique en saisissant son être en tan que substance éternelle, mais en décrivant son être en tant qu'action. C'est-à-dire, nous ne posons pas la question : "qu'est-ce qu'est le Droit ? ", mais "que fait le Droit ?" au sein de son environnement social. Et ce que fait le Droit est considéré comme le résultat d'un ensemble de relations existant d'une part entre les sous-systèmes constitutifs du système "phénomène juridique" (interactions internes), et entre ce dernier, dans sa totalité et les sous-systèmes constitutifs du système "environnement social" (interactions externes), d'autre part.



N = sous-système de normes
C = sous-système de comportements
J = sous-système judiciaire

Selon cette définition du Droit, le phénomène juridique s'identifie à toute régulation sociale qui est effectuée par la mise en relation des trois sous-systèmes mentionnés plus haut (20). Cette régulation dans son ensemble devient le champ d'investigation scientifique de la science juridique en tant que science sociale.

Dans chaque cas d'étude d'un phénomène juridique singulier (que ce soit une action déposée devant un tribunal de première instance à Paris, ou le Droit de famille appliqué ou pratiqué dans une tribu d'Océanie ou dans n'importe quel État européen ou dans une secte religieuse, ou le Droit public d'un État tout entier ou une partie de celui-ci, ou le Droit international à tout niveau, comme de même le "Droit" qui règle d'une manière "institutionnalisée" les différends entre les membres d'une bande bien organisée et structurée) des spécialistes des différentes disciplines des sciences de l'homme peuvent contribuer, l'un complémentairement à l'autre, à une meilleure compréhension de l'interaction et de l'interrelation des différents aspects du phénomène juridique saisi dans sa complexité de régulation sociale et "étalé" dans le champ systémique à plusieurs dimensions (déontique et ontique en même temps).

Dans chaque cas concret, d'étude, la détermination des liens (des flèches dans notre schéma) existant entre les trois sous-systèmes constituant le système juridique doivent être explorés au moyen de recherches empiriques d'ordre sociologique, anthropologique, historique, psychologique etc. les frontières du système étudié ; frontières qui certes dépendent aussi de la nature et des dimensions du phénomène juridique choisi comme objet d'investigation scientifique. De même les recherches empiriques nous aideront à découvrir et à préciser les relations complexes (= complémentaires, antagonistes, concurrentes, fonctionnelles, ou disfonctionnelles etc.) existant entre les différents systèmes (ou phénomènes étudiés en tant que systèmes) juridiques qui dans leur ensemble constituent la régulation juridique dans chaque cas singulier étudié. La forme, le niveau d'intégration interne, l'efficacité etc. de chaque phénomène juridique étudié en tant que système, peuvent aussi être des objets d'investigation par des recherches empiriques au sein du "programme scientifique à système ouvert" (21).

---

(20) Cette définition du Droit constitue la base sur laquelle s'érige en cinq étapes, le "programme (ou le projet) de recherche scientifique à système ouvert". A propos de ce programme et du développement de certains de ses aspects, voir, d'une manière indicative, et parmi d'autres les publications suivantes de Intzessiloglou (N.), "L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique", Lille : ANRT 1984 (1ère é. Paris 1980), 816 p. ; "Essai d'identification de la totalité sociale du phénomène juridique en tant que système", in "Rechtstheorie", Beiheft 10, 1986, pp. 271-279 ; "Essai d'élaboration d'un programme de recherche scientifique interdisciplinaire, pour l'étude du phénomène juridique", in "Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques", 1987, n° 19, p. 43-82 ; "La dynamique sociale dans l'évolution du système juridique : vers des systèmes juridiques de coordination et vers un nouveau pluralisme juridique", in "ARSP" supplementa vol. V, 1988, pp. 226-231 ; "L'approche systémique à système ouvert comme stratégie d'élaboration d'un projet d'étude interdisciplinaire du phénomène juridique", Lausanne : AFCET, 1989, pp. 155-167 ; "La Sociologie du Droit en Grèce", in Ferrari (V.), "Developing Sociology of Law", Milano ; Dott. A. Giuffré, 1990, pp. 317-364 (surtout voir les pp. 348-354) ; "Un programme d'intégration de la Sociologie Juridique dans une Science Juridique à l'objet d'étude élargi", in Arnaud (A.J.) : "Sociology of Law : Splasches and Sparks : The best of the 1st and 2nd High Level Seminars", Onati International Institue for the Sociology of Law, 1990, pp. 137-152.

(21) A propos du concept de "programme de recherche scientifique", voir Lakatos (Imre) : "The methodology of Scientific Research Programmes", Syndicate of the Press of the University of Cambridge, 1978.

Ainsi, par exemple, afin de trouver les données qui correspondent dans un cas concret au symbole de la flèche qui, dans notre schéma, part du sous-système normatif, et d'orienter vers le sous-système de comportements, on doit étudier au moyen de recherches empiriques les phénomènes sociaux suivants :
a) les processus et les canaux de communication (les médias) par lesquels les sujets sociaux parviennent à une connaissance des normes ;
b) le degré et le niveau de compréhension du message normatif de la part des sujets sociaux ;
c) les attitudes d'acceptation ou du refus de la part des sujets sociaux envers les normes déjà connues ;
d) le degré d'obéissance des sujets sociaux aux normes déjà totalement ou partiellement acceptées ;
e) le degré d'intégration et d'ancrage du message normatif dans la conscience morale des sujets sociaux.

Il s'agit en fait d'une partie de la tâche scientifique traditionnelle et bien connue de la sociologie juridique. Mais dans le cadre de la conception systémique que nous proposons, cette tâche doit être mise en relation avec le travail d'autres spécialistes des sciences humaines et surtout, ce qui du point de vue juridique est, le plus intéressant et en même temps le plus difficile à réaliser et à mettre en oeuvre, avec le travail des dogmaticiens et des interprètes des normes juridiques ainsi qu'avec celui des juges qui sont invités à appliquer les règles du Droit.

Cette mise en condition sémantique de la norme juridique non seulement dans le cadre d'un texte juridique, mais aussi dans le cadre des relations, existant entre le texte et la réalité sociale dans laquelle le texte juridique doit être appliqué, fait naître la différence entre l'interprétation juridique et l'interprétation littéraire ou philologique du même texte. L'interprétation juridique est celle qui se fait avec la pleine conscience et le sens de responsabilité du fait qu'il s'agit de reproduire (ou de créer) le contenu sémantique d'un "texte-à-appliquer" dans une société concrète. Selon le texte que l'on dispose et le fait de régulation voulu (par la volonté présumée du législateur ou même par celle de l'interprète lui-même), on adopte une des techniques bien connues (grammaticale, analogique, restrictive, téléologique, a contrario etc.) d'interprétation des textes juridiques.

Dans le cadre de cette conception du phénomène juridique, ce sont certes les règles-normes juridiques qui prescrivent les processus de reproduction des règles juridiques, mais ne les déterminent pas d'une manière exclusive. D'ailleurs cette clôture relative qui est une clôture normative, ne concerne que le sous-système normatif du système juridique ; elle est une fermeture interne au système juridique lui-même ; ce n'est pas la clôture du système juridique dans sa totalité. Et certes c'est aux dogmaticiens du Droit et aux juges qu'appartient principalement la tâche de se préoccuper de l'interprétation des normes juridiques, selon des techniques et des méthodes d'interprétation élaborée historiquement par eux-mêmes (par la théorie et la méthodologie juridiques et par la jurisprudence, plus concrètement), mais le choix d'une technique parmi les diverses techniques d'interprétation n'est imposé par aucune norme juridique. Ce choix est certainement chargé d'intentionnalité qui sans doute est influencée ou tient compte de la nature juridique de la règle-norme à interpréter. Et comme nous l'avons déjà souligné, la norme -règle est juridiquement interprétée lorsqu'elle est considérée comme une norme-règle-à-appliquer, c'est-à-dire lorsque, consciemment ou inconsciemment, on tient compte (ou on est influencé), pendant le processus d'interprétation, du fait que la norme interprétée est produite (par le législateur ou par la suite d'un processus de production du Droit coutumier) afin de provoquer certains effets d'application que l'on peut déterminer dans le cadre d'un projet ; un projet que l'on peut, par exemples dans les sociétés européennes

contemporaines, découvrir dans les textes juridiques et donc le relier à la volonté d'un législateur historique ou à la finalité et à l'esprit dépersonnalisé du texte lui-même (ou à l'"économie du traité", selon la formule habituelle de la cour de Justice de la Communauté Européenne).

Ce même projet, dans d'autres sociétés qualifiées d'une autre culture, peut être attribué à la volonté divine etc. Mais dans toute société humaine, ce même projet est en tant que tel nécessairement colorié par des considérations éthiques, c'est-à-dire pratiques. Et le projet lui-même est objet d'interprétation; Une interprétation qui certainement tient compte d'un objectif, d'un but à atteindre, d'un principe etc., qui peuvent être appelés : justice distributive ("jus suum cuique tribuere"), principe de la légalité, raison d'État, principe de l'équité ou respect des Droits de l'Homme, etc. ou intégration de la Communauté Européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice de cette communauté.

Prenons, par exemple, le cas de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE).

Le projet directeur du système juridique-jurisprudence de la CJCE s'organise autour du principe de l'intégration de la Communauté Européenne. C'est à la base de ce projet orienté par le principe de cette intégration, complémentairement au texte fondateur des traités de Communautés Européennes, que s'établit le code désignant ce qui est "juste" ou "injuste", au sein du système-jurisprudence de la CJCE. Ce projet se concrétise dans chaque cas d'interprétation et d'application du Droit européen par la CJCE en intégrant au moyen d'un même mouvement organisateur réflexif les éléments normatifs et comportementaux au sein du système juridique.

Le Cour de Justice des Communautés Européennes fait appel à l'"économie" et à la finalité du traité chaque fois qu'elle veut "inventer" un itinéraire lui permettant de réaliser le projet et les objectifs qu'elle se donne elle-même par une sorte d'interprétation extensive (22) des textes des traités fondateurs. Dans certains cas (voir par exemple, l'interprétation de l'alinéa 5 de l'article 189 du traité CEE), la CJCE donne même l'impression de passer outre la volonté même clairement exprimée des États signataires du traité CEE, et contribuer à l'accélération de l'intégration de la communauté européenne; Dans ces cas, la CJCE décide moins selon et plus à l'aide du traité, ou même contre la lettre du traité. C'est de cette manière que la CJCE a décidé, contre la lettre de l'article 189 CEE, que des actes communautaires tels les recommandations et les avis ou les directives peuvent avoir un caractère obligatoire ou une application directe et immédiate dans l'ordre interne des États-membres, et lier donc tant les institutions communautaires que les États-membres d'une manière directe et immédiates (voir les arrêts rendus par la CJCE le 6/10/1970 dans l'affaire 9/70, Franz Grad, Recueil 1970 p. 825 ; le 17/12/1970, aff. 33/70, Rec. vol. XVI, p. 1213 ; et surtout du 4/12/1974, aff. 41/74, Van Duyn, Rec. 1974, p. 1348 dans lequel on lit : "qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États-membres et les particuliers").

C'est ainsi, par ce type de procédé et d'argumentation que la jurisprudence de la CJCE a élaboré et mis en application tant le principe de l'effet immédiat (self-

(22) Pour les techniques d'interprétation utilisées par la CJCE voir entre autres Intzessiloglou (N.) : "Pighes kai methodoi askisis tis ermineutikis-dikaioplastikis armodiotitas tou dikastiriou ton europaikon koinotiton" ("Sources et méthodes d'application de la compétence herméneutique-créatrice de la CJCE"), in revue "Armenopoulos", 7, 1981, pp. 540-547. Voir aussi du même auteur : "Methodologhiki-koinoniologhiki prosegghisi tis ermineias kai efarmoghis tou Dikaiou tou antaghonismou apo to Dikastirio ton Europaikon Koinotiton : to paradeigma tis epicheirisis" ("Approche méthodologique-sociologique de l'interprétation de l'application du Droit européen de la concurrence par la CJCE : le cas de l'entreprise"), in "Epistimoniki Epetirida tou Armenopoulou", 8, 1987, pp. 43-87.

executing) des dispositions du Droit communautaire dans l'ordre interne des États-membres, que le principe général de la primauté (voir surtout l'arrêt du 10/10 1973, aff. 34/73, Rec. 1973, p. 991), dans l'ordre national interne des États-membres, de la règle communautaire sur la règle nationale contraire, même postérieur.

De même, la CJCE en élaborant le concept d'entreprise contenu dans les articles 85 et suivants du traité CEE (Droit de la concurrence) reconnaît l'entité économique de l'entreprise (ainsi que celle du groupe d'entreprise ou de sociétés) comme un nouveau et original sujet de Droit dans le cadre du Droit européen de la concurrence, au moyen de l'élaboration d'un système de Droit, tel que nous l'avons défini plus haut, dans lequel elle introduit des éléments et des considérations d'ordre : d'économie politique communautaire général, de structure et de fonctionnement du marché, de politique et de développement régionaux, d'organisation interne du capital et de la gestion de l'entreprise, etc. L'ensemble de ces éléments est organisé au sein d'un projet de protection de la libre concurrence orienté par le principe libéral du marché concurrentiel.

Ces considérations nous obligent à repousser les limites du système juridique plus loin que celles du sous-système normatif, et de poser la problématique de l'autopoiésis du Droit non plus au seul niveau normatif, mais plutôt et surtout au niveau de l'autopoiésis du système juridique tout entier tel que nous l'avons défini plus haut ; c'est-à-dire le discours à propos de la reproductibilité du Droit doit être situé au niveau de la totalité du système juridique.

Dans ce sens la clôture du système, en tant que logique procédurale de la reproduction du système juridique dans sa totalité, est une condition logiquement nécessaire pour l'existence du système juridique dans un espace-temps social.

Dans ce cadre conceptuel, l'oeuvre du législateur aussi bien que le jugement juridique peuvent être produits et étudiés comme des activités visant non seulement à leur conformité à une ou plusieurs règles préétablies, mais aussi et surtout comme des activités qui, dans chaque cas concret, à partir d'une règle préétablie, visent à "inventer" un itinéraire permettant de reproduite l'ensemble du système juridique, à savoir : l'ensemble de relations entre les trois sous-systèmes juridiques mentionnés plus haut ainsi que le projet organisateur de ce système. Un projet qui, comme nous l'avons signalé, comporte des considérations éthiques, et contraint l'ensemble du système à une certaine "directabilité". Ce dernier terme signifie que le système juridique est contraint de se diriger vers des objectifs qu'il se donne lui-même et par des moyens que le système juridique lui-même adopte. Et puisque un des sous-systèmes du système juridique est celui des comportements régulés par des normes juridiques, le phénomène de la "directabilité" peut être analysé en d'autres phénomènes tels les phénomènes de contrôle et d'orientation des comportements des sujets du Droit. Ces derniers phénomènes peuvent être l'objet d'étude d'une approche cybernétique (=science des contrôles) du système juridique.

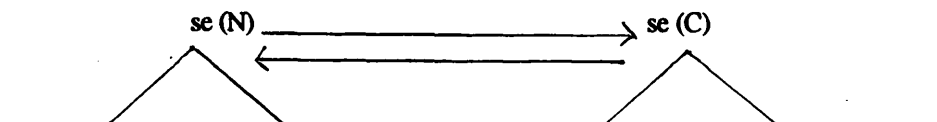
Sociologiquement parlant, l'autopoiésis du système juridique consiste dans sa capacité de reproduire, au moyen de mécanisme et de processus idéologiques ou répressifs-disciplinaires (la totalité des phénomènes que l'on peut désigner sous la nomination de 'socialisation juridique" tant des "profanes" que, et surtout, des professionnels du Droit), la même intentionnalité chez l'interprète (juriste professionnel, fonctionnaire d'État, mais aussi tout sujet social qui interprète une règle-norme juridique chaque fois qu'il veut l'appliquer dans la vie quotidienne) du Droit, de maintenir le même projet autour duquel s'organise le sens dégagé par l'acte d'interprétation.

La manière, d'ailleurs, dont le système juridique effectue le contrôle des comportements juridiques en influençant la conscience des sujets sociaux et en établissant un ou plusieurs réseaux de production et de transmission du (ou des)

message(s) juridique(s), peut être l'objet d'investigation d'une approche socio-sémiotique (23). L'analyse organisationnelle est compétente pour étudier la coexistence entre organisation formelle (à savoir normative) et organisation informelle (résultat du jeu de pouvoir parmi les acteurs sociaux de toute sorte (=individus et groupes sociaux) de ce réseau de communication établi par et au sein du système juridique ; le message juridique (concepts, clauses, finalités etc.) étant articulé non plus au seul niveau du sous-système normatif, mais, en tant que qualité systémique émergeant de la totalité du système, au niveau des relations entre normes juridiques et comportements isomorphes régulés. Cette dimension sociologique du message juridique est déjà prise en compte par les juristes pragmatistes et réalistes, mais d'une manière appopasmatique, en faisant usage des différentes théories, technique ou méthodes d'argumentation et de calcul, telle la théorie du risque ou la "cost-benefit" analysis qui renvoient nécessairement à la dimension des comportement, des faits et des situations sociales. Mais cette prise en compte apospasmatique de la dimension sociale du Droit a un caractère conjoncturel, épisodique et accidentel donnant quelquefois l'impression d'une concession qui ne laisse pas de marges d'élaboration d'une théorie de cette pratique juridique. Avec l'adoption du programme (ou du projet) a système ouvert dans le domaine juridique, l'élaboration d'une telle théorie générale du phénomène juridique en tant que système ouvert, devient possible.

A partir des concepts fondamentaux des systèmes en général et des systèmes ouverts plus particulièrement que nous avons présentés et discutés dans ce papier, on peut relier la théorie générale du système juridique ouvert à la recherche empirique en passant par des "middle range terories" élaborées au moyen des théories cybernétiques, organisationnelles, socio-sémiotiques, de jeux etc. et qui peuvent être si non falsifiées du moins testées par la recherche empirique.

Il nous semble que du point de vue sémiotique une analyse synthétique de type suivant convient le mieux au modèle systémique adopté :



sa (N) = signifiant du signe-norme (par exemple, le texte d'une règle juridique)
se (N) = signifié du signe-norme (par exemple, le sens, le contenu conceptuel du teste d'une règle juridique dictant une norme)
R (C) = référent : il s'agit d'un ou de plusieurs comportements bien réels auxquels on se réfèrent lorsque l'on pense au type de comportement contenu dans le signifié de

(23) A propos d'un approche socio-sémiotique du phénomène juridique, voir entre autres : Intzessiloglou (N.) : "I semeiotiki-Kybernitiki prosseghissi tis domis kai leitourghias tou Dikaiou san koinonikou topou-systimatos" ("L'approche sémiotique-cybernétique de la structure et de la fonction du Droit en tant que système-topos social"), in "I dynamiki ton simeion : Pedia ke methodoi mias koinonio-simeiotikis" ("La dynamique des signes : Champs et méthodes d'une socio-sémiotique"), Thessaloniki : Paratiritis, 1986, pp. 207-230.

la norme. Chaque référent, et donc le R (C), peut être analysé en tant que signe en un signifiant et en un signifié. Ainsi, on a :
sa (C) = signifiant du signe-comportement qui est constitué par le côté matériel et sensible du comportement ;
se (C) = signifié du signe-comportement. Il s'agit du sens que l'on attribue à un certain comportement.
R (P) = référent : il s'agit d'une partie sociale à laquelle on se réfère pour attribuer un sens concret au signifiant (c) ; par exemple, le comportement d'un homme assis à la place du chauffeur dans une voiture en position d'attente devant la station des taxis doit être interprété comme une invitation publique pour louer ses services de chauffeur de taxi, car telle est la pratique des chauffeurs de taxi dans ce pays. Le hochement de tête ou le signe de la main de l'acquéreur aux enchères devient le vecteur d'un certain signifié lorsqu'on se réfère à la pratique dominante dans un pays (24).

Le théoricien du Droit dogmatique se situe principalement au niveau du premier triangle sémiotique ; le juge travaille au niveau de la relation entre se(N) et se(C) et, par conséquent, il parcourt l'ensemble du schéma-champ sémiotique d'où il dégage le message juridique sans passer du Droit (norme) au fait (comportement), ou du fait (comportement) au Droit (norme) par induction ou par déduction et syllogisme linéaire, mais en procédant tout au long du processus par petits ajustements de sens des normes et des comportements y correspondant, jusqu'au moment où un équilibre souhaitable s'établisse dans le champ sémiotique (le "topos" sémiotique) comporté par le système juridique.

La détermination de ce qui est souhaitable en tan qu'équilibre sémiotique au sein du système juridique est conditionné par plusieurs facteurs, tels par exemple, la doctrine juridique, l'expérience professionnelle et les études du juge, la valeur de la justice, les pressions externes au procès exercée sur le juge, les attentes du public, les choix politiques, etc.

Dans ces cas, il y a évidemment un champ d'investigation pour des sciences, telles la sociologie et la psychologie judiciaire.

Mais, étant donné que le système juridique est plongé dans un environnement social, il y a évidemment un champ libre pour l'investigation scientifique, non seulement sociologique et psychologique, mais aussi anthropologique, historique ou autre, afin de pouvoir étudier les facteurs qui influencent la production des normes dans chaques cas singulier, aussi bien que les données de nature économique, socio-psychologique, anthropologique, religieuse ou autre qui conditionnent l'apparition des pratiques sociales.

Le champ sémiotique est en fait ouvert à son environnement social de deux côtés : moins peut être du côté sa(N) et plus du côté R(P).

Il est évident que l'analyse se situe à un haut niveau d'abstraction et vise simplement à montrer les possibilités d'ouverture à l'interdisciplinarité qu'offre la conceptualisation systémique du phénomène juridique. Une ouverture au moins de concepts et de langage et qui peut servir comme fond solide pour un travail en équipe avec la participation du juriste.

Pour être plus concret, nous revenons à l'exemple de la jurisprudence de la CJCE et du sous-système judiciaire du Droit de la concurrence européenne (dans lequel l'action de la Commission est incluse) en ce qui concerne la création du contenu conceptuel de la notion d'entreprise en tant que sujet original dans ce domaine juridique.

---

(24) Pour d'autres exemples d'analyse du comportement en tant que signe, voir Gridel (J.P.), "Le signe et le Droit", thèse de doctorat d'État en Droit, Université Paris II, pp. 42-43.

Dans ce cas concret, la "base matérielle" de notre schéma sémiotique est constituée de la manière suivante :

Le signifiant normatif (ou signifiant du signe-norme) est le texte des article 85 et suivant du Traité CEE. Le signifiant comportemental (ou signifiant du signe-comportement) est l'action concrète d'une ou de plusieurs entreprises dans le marché de la Communauté Européenne. Le référant est principalement constitué par la structure effective du marché européen saisie au moment où l'action jugés (ou imputée) a lieu.

Le contenu conceptuel de la notion d'entreprise -en tant qu'ensemble de relations entre signifié normatif et signifié comportemental-, dans le Droit européen de concurrence, émerge de la mise en rapport sémiotique ou de la mise en "situation" de ces trois éléments de la "base matérielle" du schéma sémiotique ci-dessus mentionné au sein d'un environnement constitué par des éléments et des systèmes multiples tels l'idéologie et la théorie économique libérales et néolibérales, un certain niveau ou degré de concurrence à maintenir ou à obtenir, une politique éventuelle de développement régional etc.

Dans le paragraphe qui suit on va étudier une série de décisions de la commission, et d'arrêt de la CJCE, où les organes communautaires reconnaissent l'entreprise en tant que sujet original du droit.

Les décisions de la commission sont regroupées en deux catégories de sorte que chacune de celles-ci corresponde à chacune des objections faites contre la reconnaissance de la notion d'entreprise en tant que notion originale du droit européen de la concurrence ; la première objection nie la reconnaissance d'une notion originale de l'entreprise en tant que sujet de droit sous le motif que l'accord de l'art. 85 § 1 doit être conclu par le concours des volontés de deux entités juridiques, sujets de droit déjà formellement reconnus en tant que tels (25). Selon la deuxième objection, "une personne juridique sera toujours nécessaire, ou pour fournir le support des obligations imposées par les règles de concurrence, et des sanctions attachées à leur violation (26).

3 - ÉTUDE DE CAS : L'ENTREPRISE EN TANT QUE SUJET ORIGINAL DANS LE DROIT EUROPÉEN DE CONCURRENCE

3.1 - LES DONNÉES JURISPRUDENTIELLES

3.1.1. - L'action de la Commission CEE

3.1.1.1. - Au sujet original d'entreprise par le biais du concept de l'accord

Avant d'entrer dans l'examen des décisions de la Commission, nous voudrions faire quelques remarques préliminaires en ce qui concerne la relation de la notion d'entreprise avec celle de l'accord dans le cadre de l'art. 85 § 1 CEE.

La jurisprudence de la CJCE a affirmé constamment que la notion d'accord dans l'art. 85 §1 ne coïncide pas avec celle d'accord du droit privé (27) (voir la même prise de position de la Commission (28)).

---

(25) V. M. Goldman (Berthold), "*Droit commercial européen*", 3ème éd., Dalloz, Paris, p. 304.
(26) Goldman (B.), ibid.
(27) CJCE :
- arr. du 30/6/66, aff. 56/65 soc. Technique Minière (L.T.M. c./ Machinenbaum Ulm Gmbh (M.B.U.), Rec. XII, 1966, p. 358.

Ainsi, le terme "accord" n'a pas un sens fixe de sorte qu'il ne peut être utilisé en tant que point de référence pour qualifier une autre notion. On admet que pour qu'il y ait accord, il suffit du concours de volonté des entités qui peuvent ne pas être dotées de la personnalité juridique (29) ; de même il suffit qu'elles aient un patrimoine propre et la capacité de contracter en leur nom (c'est le cas, par exemple, de l'O.H.G. du droit allemand) : ainsi, un reversement du point de référence se produit-il. On utilise la qualité de l'entité pour déterminer la qualité de l'accord. Le syllogisme suit donc l'itinéraire suivant :

"Puisque l'O.H.G. est investie dans le droit allemand de certains attributs, même sans la personnalité juridique, elle peut être le destinataire de règles de droit, et sa volonté peut avoir des effets juridiques puisqu'elles est placée à ce niveau ; c'est donc pour cela qu'il faut considérer l'"accord auquel elle participe comme susceptible d'entrer dans le champ d'application des règles de concurrence ; tout, volonté, entité, accord, règles se situent au même niveau, au niveau juridique" (30).

Selon une argumentation du même type, il suffit de prouver que l'entreprise en tant qu'entité original soit reconnue dans le droit de concurrence pour que les accords (31) conclus par des sociétés qui ne sont pas des entreprises au sens original de l'art. 85 § 1 n'entrent pas dans le domaine d'application de l'art. 85 §1 CEE. Le texte du traité n'indiquant pas le contenu sémantique de la notion d'entreprise, nous le cherchons dans l'autre source du droit, la jurisprudence.

Dans la décision Christiani et Nielsen du 18/6/1969 (JOCE n° L 165 du 5/7/1969), la commission admet que l'accord entre société mère et société filiale n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 87 § 1, car cette disposition "suppose, entre les entreprises en cause, l'existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte", condition "qui n'est pas nécessairement remplie ... par la seule constatation de l'existence d'une personnalité juridique pour chacune de ces entreprises ; qu'à cet égard, il est déterminant de savoir, en fonction des éléments de fait, si une action autonome de la filiale par rapport à la société mère est possible sur le plan économique".

Le syllogisme de la Commission s'appuie sur une hypothèse qui se révèle fausse : en effet l'application de l'art. 85 §1 ne suppose par l'existence d'une concurrence entre les deux entreprises. Selon la position constante de la commission (32) de même selon celle de la CJCE (33), l'art. 85 §1 est appliqué aux accords

---

- arr. du 12/12/67 aff. 23/67, S.A. Brasserie de Haecht c./ Consorts Wilkin Janssen, Rec. XIII, 1967, p. 538-539.
- arr. du 9/7/69, aff. 5/69, Franz Völk c./ S.P.R.L., Ets. Vervaecke, Rec. XV, 1969, p. 295-302.
- arr. du 15/7/79, aff. 41/69 Chemiefarma, 44/69, Buckler 45/69 Boehringer, Rec. 1970, p. 661, 733, 769.
- arr. du 6/5/71, aff. 1/71, Société anonyme Cadillon c./ Firme Höss, Machinenbaum KG, Rec. XVII, 1971, p. 351.
- arr. du 25/11/71, aff. 22/71 Béguelin Import co c./ SAGL Import Export, Rec. XVII, 1971, p. 950.

(28) Commission :
- Déc. du 6/11/68, "Cobelaz-Usines de synthèse", JOCE n° L 276 du 14/11/68, p. 13.
- Déc. du 16/7/68 "entente Internationale de la quinine", JOCE n° L 192 du 5/8/69, p. 5.

déc. du 20/12/74 "S.H.V. - Chevron" (JOCE n° L 38 du 12/2/75, p. 14.

(29) Voir M. Goldman (B.), "*Droit commercial européen*", Paris, 3ème éd. Dalloz, 1975, n° 254, p. 304. "L'O.H.G. s'analyse en Offene Handels Gesellschaft".

(30) Voir M. Goldman (B.), "*Droit commercial européen*", Paris, 3ème éd. Dalloz, 1975, n° 254, p. 304.

(31) Ces accords qui ne sont pas des "accords" (au sens de l'art. 85 §1 CEE) nous signalent le problème du dédoublement fonctionnel de la signification des termes, lors de l'application des règles de la concurrence.

(32) - Déc. du 29/12/70, JOCE 13/1/71, n° L 10/15.
- Déc. du 13/7/73, JOCE 6/8/73, n° L 217/34.
- Déc. du 23/7/74, JOCE 29/8/74, n° L 237/3.

(33) CJCE : arr. du 30/6/66, aff. 56/65, soc. Technique Minière c./ Machinenbaum Ulm, Rec. XII, 1966, p. 338.

verticaux, où la concurrence n'existe pas entre les entreprises. Il est donc légitime de supposer que derrière le syllogisme se cache la constatation implicite que les deux entreprises en cause se situent au même niveau de production. Dans ce cas pour que l'article 85 §1 CEE ne soit pas applicable, les entreprises ne doivent pas être concurrentielles de sorte qu'un accord entre-elles de contenu a priori anticoncurrentiel ne porte pas atteinte à la concurrence ; en dehors du cas de concentration, un tel accord n'est possible que si au moins l'une des entreprises en cause n'est pas une entreprise dans le sens de l'art. 85 §1 CEE. C'est cette constatation sur la nature des entreprises, qui justifie le syllogisme de la commission et lui restitue sa cohérence interne; En effet la commission constate :
"... ce sont des considérations de gestion qui ont amené cette entreprise, dont l'activité est internationale, à créer des filiales dans différents pays plutôt qu'à y établir des succursales ou des agences ; qu'il s'agit là d'un élément de stratégie de marché, qui ne peut avoir pour résultat de faire considérer, dans le cas d'espèce, une filiale à 100 % comme une entité économique pouvant entrer en concurrence avec sa société mère ; ... (de plus) .. Christiani et Nielsen Copenhague a le droit de nommer les dirigeants de Christiani et Nielsen la Haye et donner les directives à sa filiale qui est obligée de les exécuter ; que Christiani et Nielsen La Haye est donc une partie intégrante de l'ensemble économique constitué par le groupe Christiani et Nielsen".

De ces constatations de la commission, nous retenons que le lien d'intégration d'une société dans une autre, lien qui empêche la société filiale d'être une entreprise au sens de l'art. 85 §1, peut être :
1) soit une possession de 100 % de l'actif d'une société par une autre (absence d'autonomie économique),
2) soit l'obligation pour une société d'accepter les décisions d'une autre (absence d'autonomie décisionnelle).

Le fait que la commission parle sous ces conditions d'un accord, alors qu'il n'y a pas d'entreprises au sens de l'art. 85 §1, montre que cet accord n'est pas un accord dans le sens de l'art. 85 §1, qui présuppose des entreprises autonomes selon la décision de la commission. Comme toutes les notions qui se trouvent dans les dispositions des art. 85 CEE et suivants, l'accord placé dans ce cadre est une notion dynamique conditionnée par l'objectif de la protection de la concurrence ; ainsi, du point de vue statique, celui du droit civil, l'entente entre Christiani et Nielsen constitue un accord entre deux sociétés ; mais du point de vue de la dynamique du droit de la concurrence, elle n'est pas un accord dans le sens du terme selon l'article 85 §1 CEE où des facteurs économique sont pris en considération ; en effet, "les éléments dont la Commission a connaissance, ne permettent pas de conclure que l'accord en cause est visé par l'article 85 §1 et que, dès lors, l'attestation négative peut être délivré" (34).

Dans la décision Kodak, le dédoublement sémantique est plus qu'évident. La commission adopte le sens dynamique pour nier l'existence d'un tel accord entre la société mère Eastman Kodak et ses filiales car "les sociétés filiales dont il s'agit sont dans la dépendance exclusive et complète de leur société-mère, et que cette société exerce effectivement son pouvoir de contrôle en leur adressant des instructions précises", donc "il leur est impossible de se comporter d'une manière indépendante les unes vis-à-vis des autres dans les domaines réglés par la société-mère". Bien sûr un accord formel du point de vue du droit civil est toujours possible entre mère et filiale puisque ce sont des personnes juridiques indépendantes ; mais puisque ces deux sociétés forment une entité économique, et donc ne sont pas autonomes, elles

(34) Décision de la Commission CE dans la même affaire Christini et Nielsen.

ne sont pas des entreprises envisagées par l'art. 85 §1 et leur accord n'est pas un accord entre deux entreprises de l'art. 85 §1.

A ce propos, il faut souligner que le considérant 15 de la décision Kodak concerne seulement les conditions de vente aux tiers, et, dans ce cas, il y a accord qui tombe dans le domaine de l'art. 85 §1. En effet, la commission interdit des accords futurs en exerçant un contrôle préventif car "ces conditions de vente, abstraction faite de la question de leur identité, constituent les accords entre entreprises parce qu'elles font nécessairement l'objet d'un contrat entre les sociétés Kodak et chacun de leur acheteurs". La commission considère comme légitime non seulement le dédoublement sémantique des notions, mais aussi leur extrapolation dans l'avenir pour que des dysfonctions soient évitées. Ainsi, en saisissant le groupe en tant qu'entreprise unique, l'art. 85 §1 n'est pas applicable aux "accords" intragroupes ; mais, lorsque dans cet accord il y a des conditions qui certainement conduiront à des accords anti-concurrentiels extragroupes qui entrent dans le champ d'application de l'art. 85 §1, la commission extrapole dans l'avenir la notion de l'accord et applique préventivement l'art. 85 §1. Ce laxisme dans l'utilisation des notions prouve que la commission de s'intéresse finalement qu'à maintenir un certain niveau de concurrence satisfaisant, selon les objectifs de sa politique dans ce domaine.

En ce qui concerne le lien d'intégration entre société mère et filiale les empêchant d'être séparément des entreprises du droit de la concurrence CEE, nous retenons que :

1) la société mère exerce un contrôle effectif sur la filiale ;

2) la détention de la totalité du capiatal social n'est pas nécessaire ; dans le cas concret, la possession de la quasi-totalité des actions de la filiale par la société-mère, suffisait pour justifier le manque d'autonomie de celle-là.

3.1.1.2 - Au sujet original d'entreprise par le biais de l'imputation des pratiques concertées

C'est par le biais de l'imputation des pratiques concertées anticoncurrentielles que la commission, dans sa décision Matières Colorantes du 24/7/1969 (JOCE, n° L 195, p. 11 du 7/8/1969), reconnaît le groupe de sociétés en tant qu'entreprise unique. Il est vrai que les pratiques concertées n'étaient pas imputées au groupe de sociétés, mais à la société-mère ; mais, cette imputation n'a pas été faite selon la théorie de l'auteur moral du droit pénal, c'est-à-dire à cause du lien d'intégration des actions, mais à cause de l'unité de l'acteur, car "... les filiales des entreprises CIBA, Geigy, Sandoz et ICI dans le marché commun, entièrement contrôlées par leur maison mère, font partie de la "sphère-interne", des quatre entreprises précitées ; que dès lors, la notification à ces entreprises peut être valablement effectuée au siège d'une de ces filiales". Or, l'appartenance à la "sphère-interne" économique d'une société empêche sa filiale d'acquérir l'autonomie nécessaire qui, comme nous l'avons déjà constaté, constitue un "sine qua non" de la notion d'entreprise de l'art. 85 §1 CEE.

Il est vrai que la Commission cherche une personne morale pour imputer le comportement et imposer la sanction ; et ce, en raison du fait que la notion originale de l'entreprise n'est pas encore reconnue généralement et dans tous les domaines juridiques. Mais cela n'empêche qu'elle soit reconnue pour certaines fonctions ; ainsi durant ce stade de substitution, elle coexiste avec la notion d'entreprise-personne juridique préexistante, qui remplit aussi ses propres fonctions dans le droit de la concurrence. Une conséquence importante de l'utilisation de la notion originale de l'entreprise dans le processus de l'imputation du comportement illicite, selon le droit de la concurrence, est la substitution de la théorie de comportement à celle d'effet. En

effet, la Commission défend essentiellement le point de vue selon lequel les entreprises étrangères en cause ont elles-mêmes agi à l'intérieur de la communauté en donnant à leurs filiales ou représentants des instructions obligatoires sur les majorations de prix" (Réponse du 29/10/1970 à la question écrite n° 219/70 de M. Glinne - JOCE n° C 138/8 du 18/11/1980).

Par le même biais de l'imputabilité du comportement de la filiale ou plus précisément de la chaîne des filiales à la société mère, la commission tient compte de la réalité économique du groupe des sociétés en tant qu'entité juridique unique dans sa décision "Continental Cas, du 9/12/1971 (JOCE, n° L 7/25 du 8/1/1972).

Dans cette décision, la commission constante que la société américaine Continental Cas "... étant le seul actionnaire d'Europemballage, lequel détient 85 % du capital de S.L.W., Continental contrôle ces deux entreprises, qu'il y a donc lieu de lui imputer le comportement de celles-ci".

Le dédoublement du contenu sémantique de la notion d'entreprise est plus qu'évident dans l'aff. Continental Can. Ainsi dans le passage cité, le mot entreprise concerne séparément les sociétés S.L.W. et Europemballage (il est donc utilisé dans son sens statique) tandis que seule la prise en considération de l'ensemble du groupe en tan qu'entreprise unique (sens dynamique du terme) justifie le phénomène, sans cela étrange, qu'une société (Europemballage) abuse de la position dominante maintenue par une autre (S.L.W.) de sorte que l'art. 86 CEE soit appliqué à l'encontre d'un tiers (Continental Can).

Cette notion original de l'entreprise est expressément réaffirmée par la commission dans la décision Zoja du 14/12/1972 (JOCE n° L 299/51 du 31/12/1972) : "... il convient de traiter les sociétés C.S.C. et I.C.I. comme ne formant, dans leurs relations avec Zoja, et aux fins de l'application de l'article 86, qu'une seule et même entreprise ou entité économique ...".

C'est en raison de cette unité que la décision est notifiée aux deux composantes de l'entreprise unique ; tant à la société mère C.S.C. à New York, qu'à sa filiale I.C.I. à Milan.

en ce qui concerne le lien d'intégration existant entre société mère et société filiale, il suffit que la société mère détienne 51 % du capital social de la filiale. Cette possession du capital constitue une présomption du manque d'autonomie de la filiale, par le fait que la société mère a le pouvoir "... d'exercer en permanence une action déterminante sur la formation de la volonté sociale et donc sur la gestion d'I.C.I. étant donné que l'assemblée générale, par le vote favorable d'un nombre d'actionnaires représentant plus de la moitié du capital social, a notamment le pouvoir de nommer les administrateurs, de délibérer sur leurs responsabilités, d'approuver le bilan". Et en ce qui concerne l'exercice effectif de ce contrôle, la commission constate : "... la composition du conseil d'administration et du comité exécutif d'I.C.E. indique bien que C.S.C. exerce effectivement son contrôle sur I.C.E. ..." ; et des détails suivent, à propos des indices d'un exercice effectif du contrôle.

Dans l'aff. Zoja, la Commission suit le syllogisme suivant : puisque la société mère détient 51 % du capital sociale de la filiale, elle peut nommer les administrateur de celle-ci de sorte qu'ils exercent leurs fonctions sous son contrôle, si bien que le contrôle de la société mère s'exprime dans l'actions de la filiale ; il s'agit donc d'un contrôle effectif. Ainsi le manque d'autonomie de la filiale trouve son fondement dans la dépendance économique - conséquence de la détention de 51 % du capital social de la filiale par la société mère ; la détention de 51 % du capital d'une société par une autre peut donc justifier, à elle seule, le lien d'intégration et l'unité économique du groupe. Cet élément seul peut constituer une présomption suffisante pour reconnaître le manque d'autonomie d'une "entreprise". La commission ne dit

pas si cette présomption est irréfragable ou simple. Mais, étant donné que la commission place avant tout l'application et le succès de sa politique de concurrence, nous devons considérer cette présomption comme simple.

Plus récemment la Commission a expressément reconnu et sans équivoque la notion originale de l'entreprise pour l'application de l'art. 86 CEE. Il s'agit de la décision du 17/12/1975 (Chiquita- JOCE du 9/4/1976 n° L 95/11. On y trouve effectivement la formule suivante : "II Appréciation - A - 1. Considérant que la United Brand company de New York ensemble avec United Brands Continental BV à Rotterdam et ses autres filiales qui sont sous son contrôle et ne jouissent pas d'une autonomie réelle constituent une unité économique et forment un entreprise au sens de l'art. 86 du traité CEE".

Ainsi la reconnaissance de la notion d'entreprise en tant que notion originale dans le droit de la concurrence, trouve actuellement sa consécration expresse dans les décisions de la commission relatives à l'application du droit de la concurrence (35).

Les informations juridiques concernant l'entreprise sont traitées de façon à peu près analogue dans la jurisprudence de la CJCE. Ainsi, dans la sous-section suivante, nous nous contentons de marquer brièvement les repères de la trajectoire que le contenu sémantique de la notion d'entreprise a suivie, à travers les décisions CJCE après l'année 1968.

3.1.2. - L'action de la CJCE.

Dans son arrêt du 25/11/1971 (aff. 22/71, société de droit belge Bequelin Import co. et Société anonyme Bequelin Import Co. France c./ Société anonyme G.L. Import-Export, M. Karl Marbach, M. Fritz Marbach, Société Gebüder Marbach GmbH-Rec. 1971, XVII - 6, p. 963), la CJCE admet que : "Les rapports entre deux sociétés dont l'une ne jouit d'aucune autonomie vis-à-vis de l'autre ne peuvent être pris en considération pour apprécier la validité d'un accord de concession exclusive passé entre la filiale et un tiers.

En utilisant ainsi des critères économiques, la CJCE reconnaît l'unité économique, et dépasse les obstacles juridiques.

Le même résultat se produit dans l'arrêt du 14/7/1972 (aff. 48/69, I.C.I. ltd c./ Commission - Rec. 1972, XVIII - 5, p. 667 considérant 140), puisqu'aux fins de l'application des règles de concurrence, l'unité du comportement, sur le marché, de la société mère et de ses filiales prime sur la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte.

Les mêmes considérations prévalent dans l'arrêt du 21/2/1973 (aff. 6/72, Continental Can, Rec. 1973, XVIII, 2, p. 243). En effet, "... la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte, ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère. Que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel des instructions, qui lui sont imparties par la société mère".

Nous soulignons que l'autonomie pour déterminer son comportement, qui est la caractéristique d'une entreprise au sens de l'art. 85 et suivants CEE, doit concerner l'action sur un marché ; les autres domaines d'autonomie n'intéressent pas directement le droit de la concurrence.

On trouve cette constatation dans l'arrêt de la CJCE du 31/10/1974 (aff. 16/74, Centrafarm B.V. - Rec. 1974 - 6 p. 1199), selon la CJCE : "l'article 85 ne

(35) Plus récemment encore dans le même sens : Décision de la Commission des Communautés Européennes du 12/12/78 (JOCE L 16) et du 5/11/79 (JOCE L 286).

vise pas des accords ou pratiques concertées entre des entreprises appartenant au même groupe en tant que société mère et filiale, si les entreprises forment une entité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises".

Cette formule de la CJCE paraît pleine de contradictions, si on ne tient pas compte du dédoublement des notions utilisées dans les dispositions des règles du droit de la concurrence CEE (dans le même sens, voir arr. de la CJCE du 12/7/1979, surtout les motifs n° 24 et 36).

Pour l'essentiel, l'arrêt nous rappelle le caractère très relatif de la reconnaissance de l'unité économique du groupe de société ; il s'agit d'une relativité que nous avons eu l'occasion de constater comme étant suggérée dans la décision Kodak de la Commission CE. Cette position de la CJCE et de la Commission est très proche de la théorie de l'"intra entreprise conspiracy". En effet, selon la commission et la CJCE, l'intégration des diverses sociétés dans une unité économique ne peu être considérée comme absolue et définitive. Dans le passage cité ci-dessus, la CJCE considère que, lorsqu'il n'y a pas une simple répartition interne des tâches entre les membres du groupe, et lorsque des répercussions négatives pour le niveau de concurrence dans le marché se produisent, suivant un accord entre les membres des groupes, cet accord entre dans le champ d'application de l'art. 85 §1 ; il ne s'agit plus d'un accord formel entre sociétés mais d'un accord "dynamique" avec des répercussions économiques sur le marché ; les membres du groupe de sociétés doivent donc nécessairement être considérés comme des entreprises. Ainsi une entité économiquement non autonome est une entreprise dans le sens de l'art. 85 §1. Par suite le seul critère qui reste pour caractériser l'entreprise au sens de l'art. 85 §1, parait être, selon la jurisprudence, le fait qu'il s'agit d'*une entité économique ou juridique qui est capable de porter atteinte à la concurrence dans un marché*. En conséquence, on aboutit à une définition blanche. C'est-à-dire, pour concrétiser le contenu sémantique de la notion, il faut certes tenir compte des critères relatifs procurés par la jurisprudence et les décisions de la commission, mais aussi et surtout placer la notion d'entreprise dans le cadre social concret de chaque cas.

Seule la reconsidération, dans un cas concret des critères d'autonomie de l'entreprise, discernés au départ d'une panière abstraite et générale, peut rendre ces critères significatifs et fonctionnels, compte tenu de l'esprit pragmatique de la Commission CE.

En effet, la Commission s'exprime de la façon suivante dans sa décision du 23/11/1972, rendue dans l'aff. Pittsburgh (36) : "... la Commission, tout en s'efforçant d'indiquer aux entreprises quelques critères pour leur permettre d'apprécier leur propre situation au regard de l'article 85, n'a nullement marqué qu'elle entendait s'en tenir aux apparences en renonçant au droit de restituer leur véritable caractère aux actes juridiques, aux relations entre entreprises et aux situations économiques".

Dans la section suivante, nous essayons d'analyser et de présenter de façon critique, la manière dont, et les cas dans lesquels, les processeur de l'information juridique peuvent tenir compte de tel ou tel critère déjà décelé, afin que la notion originale de l'entreprise ait une fonction conforme aux finalités du droit européen de la concurrence.

Cette étude critique des out-puts du système-entreprise fait partie de la formation du "topos juridique d'entreprise", dans le droit européen de la concurrence.

---

(36) JOCE n° L 272/35, du 5/12/72.

3.2 - L'UNITÉ DU GROUPE DE SOCIÉTÉS EN TANT QUE CRITÈRE D'ÉMERGENCE DE L'ENTREPRISE-SUJET ORIGINAL DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Dans le droit européen de concurrence, le groupe de sociétés constitue la voie privilégiée qui a conduit la CJCE et la Commission à la reconnaissance de la notion originale de l'entreprise.

Dans le droit de la concurrence qui s'intéresse du point de vue de l'entreprise sur un marché, les critères-présomptions de l'existence d'un groupe de sociétés n'ont pas la même fonction que celle dans le droit des sociétés. Ainsi en commentant le Titre VII du statut des S.E. la Commission déclare : "Le droit des sociétés représente simplement le moyen dont on dispose pour régler l'organisation des sociétés et assurer la protection des situations qui en résultent. L'appréciation de l'effet économique et concurrentiel résultant de l'application de ce moyen se fait selon d'autres critères et doit donc faire l'objet d'une réglementation particulière" (37).

La conséquence première de cette divergence est que, dans le droit de la concurrence, la distinction entre groupe d'entreprises et groupe de sociétés n'a aucune signification, puisque ce sont les considérations structurelles économiques qui y priment, sans que l'on s'intéresse spécialement à la nature juridique de ses composantes ; c'est une perspective de l'extérieur, l'action économique sur un marché, qui intéresse le droit de la concurrence.

La deuxième conséquence de la particularité du domaine de la concurrence est la faiblesse probatoire des indices - présomptions de l'unité de groupe de société ou d'entreprises.

En effet, dans le droit même des sociétés, les critères d'appartenance à un groupe de sociétés, tels que la participation majoritaire d'une société au capital social d'une autre, l'existence d'un contrat de domination ou d'une convention d'intégration, l'affiliation volontaire, contractuelle, à un groupement non temporaire et discipliné, ne suffisent pas pour prouver, dans l'abstrait, l'existence d'un groupe de sociétés, et l'appartenance ou non à un groupe ne serait en définitive reconnue qu'après un examen de chaque espèce (38).

Cette difficulté ne va pas jusqu'à une impossibilité de recensement des critères-présomptions d'existence d'un groupe de sociétés dans le droit des sociétés, car ce qu'il faut prouver est un lien de domination ; il suffit donc de pouvoir discerner toute sorte de liens qui pourraient créer une relation de domination ; cela est possible car le "lien" et la "domination" sont de la même nature ; on peut ainsi aller de l'un à l'autre, quelquefois même dans l'abstrait selon les règles de la logique, la deuxième étant une qualification du premier, puisque l'on parle de "lien de domination".

Dans le domaine de la concurrence, la preuve d'une domination ne suffit pas pour déterminer l'unité du groupe. La domination étant une condition habituelle de l'action unique sur un marché, c'est cette dernière qu'il faut, en tout état de cause, prouver. La notion de l'action unique sur un marché constitue un dépassement de la notion de domination, car elle tient compte des réalités se situant en dehors de l'entreprise.

Mais l'autonomie d'action sur un marché est une variable dépendant de la relation existant entre la structure concrète du marché et la politique concurrentielle conjoncturelle déterminée par les objectifs économiques généraux de la C.E. C'est

(37) Suppl. Bull. Com. Eur. n° 8, 1970, p. 169.
(38) Champaud (Claude), "*Recherche des critères d'appartenance à un groupe*" in "Droit des groupes de sociétés", Association française des juristes d'entreprise, Centre de droit des affaires de Rennes, Faculté des sciences juridiques de Rennes, F.N.D.E., Libraires Techniques, p. 30 et 32.

ainsi que, malgré l'existence de rapport de domination entre les composantes d'un groupe de société, ces composantes peuvent constituer, selon la théorie de l'"intra-groupe conspiracy", des entreprises au sens de l'art. 85 CEE. Or, la preuve même de l'existence d'un lien de domination entre deux sociétés ne conduit pas à l'acceptation de l'unité du groupe, dans le droit de la concurrence. Les liens de domination évoqués par les organes communautaires n'ont donc pas, au fond, une valeur probatoire scientifique, mais plutôt une valeur de justification juridique. Certes, les justifications sont présentées avec une intention de preuve, mais puisque, par leur nature elles ne peuvent pas prouver seules l'unité d'action sur un marché, la "preuve" ne peut être rigoureuse. Ni la dépendance financière, ni l'unité de gestion, ni l'existence d'un contrôle de décision ne suffisent seules à prouver, dans un cas concret, l'unité et l'autonomie d'action du groupe sur un marché. Dans chaque cas concret ce sont des considérations structurelles extragroupes, qui en intervenant dans le syllogisme probatoire, et en liant logiquement les considérations structurelles intra-groupes, qui en intervenant dans le syllogisme probatoire, et en liant d'une part avec le comportement concret du groupe et de ses composantes dans un marché d'autre part, qualifient les liens intragroupes comme exercice effectif ou non du contrôle intragroupe. En effet, seul un exercice effectif du contrôle peut constituer le lien assurant l'unité du groupe en tant qu'action autonome et unique sur un marché.

Selon notre avis, l'arrêt du 6/3/1974 de la Cour de Justice communautaire (39), marque une certaine évolution en établissant l'imputation à la société mère du comportement anticoncurrentiel de sa filiale, au seul pouvoir de contrôle de la société mère sur la filiale. Dans cet arrêt, des liens structurels intragroupes étant prouvés et, la structure du marché étant analysée, la CJCE a omis de lier les deux séries de constatations pour conclure sur l'exercice effectif du pouvoir de contrôle. Il n'était pas nécessaire, en effet, de faire le rapprochement des deux séries de constatations car, pour l'imputation d'un comportement anticoncurrentiel de la filiale à la société mère, les considérations structurelles faites par la CJCE suffisent pour établir la responsabilité de la société mère qui, à cause des liens structurels et d'organisation du groupe, a le pouvoir de contrôler et donc d'influencer le comportement de la filiale. *La preuve de l'exercice effectif du contrôle n'est pas nécessaire lorsqu'effectif ou non, l'exercice du contrôle entre, à cause des liens structurels, dans la zone de responsabilité de la société mère.*

En effet, le non intervention d'une société mère dans le processus de décision de sa filiale, malgré sa capacité d'intervention, constitue un exercice effectif négatif du pouvoir de contrôle. Dans ce cas la responsabilité suit le pouvoir (40).

Selon notre avis, quelle que soit la cause pour laquelle les organes communautaires ne poussent pas leur syllogisme jusqu'à la preuve d'un exercice effectif du pouvoir de contrôle de la part de la société mère sur les filiales, au moins à l'heure actuelle du développement du droit de la concurrence européenne, *seul cet exercice effectif du contrôle constitue la preuve indéniable de l'unité du groupe en tant qu'action économique unique sur un marché.*

Si l'organe communautaire a omis de comparer explicitement ses constatations structurelles intra et extra-groupe, il a commis une erreur d'ordre logique, et la comparaison peut être sous-jacente ; ainsi, même lorsque la preuve explicite (qui ne constitue au fond qu'une justification juridique de l'application des règles de concurrence) s'arrête à la constatation du pouvoir de contrôle de la société

(39) CJCE, arr. du 6/3/74, aff. 6 et 7/73, ICI et CSC, Rec. 1974, 223.
(40) Lyon-Caen (Antoine), "*Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence*", in "L'entreprise multinationale face au droit", Librairies Techniques, Paris 1977, p. 365.

mère sur la filiale, l'exercice effectif de ce pouvoir doit être déduit des constatations structurelles du marché et de la nature antagoniste de son fonctionnement.

En concluant cette section, nous voudrions signaler que si les critères intra-groupes évoqués par les organes communautaires ne suffisent pas seuls à prouver l'unité d'action du groupe dans le droit de la concurrence, ils sont quand même significatifs de la nature des liens sur lesquels l'exercice effectif de contrôle peut s'appuyer ; il s'agit de liens d'une nature dira-t-on institutionnelle et non pas seulement contractuelle classique du droit des obligations. Des liens tels que la participation majoritaire au capital social, le contrat de domination, la convention d'intégration d'une société à un groupe et éventuellement l'affiliation volontaire, contractuelle, à un groupement non temporaire et discipliné, peuvent constituer le fondement structurel de l'exercice effectif du pouvoir de contrôle de la société lorsque les filiales d'une société industrielle sont uniquement des filiales de distributions, ou uniquement des filiales de production ; dans ce cas la dépendance économique est de nature structurelle, et les sociétés mère et filiales constituent des parties d'un ensemble économique qui ne peut avoir qu'une politique commerciale unique.

LE PRÉCÉDENT ET LE JUGE EUROPÉEN. POUR UNE STRUCTURE DES RÉVOLUTIONS JURIDIQUES

Par

Olivier De SCHUTTER
LL.M., Harvard University
Aspirant au Fonds national de la recherche scientifique (F.N.R.S.) (Belgique)

"But because there is no Judge Subordinate, no Soveraign, but may erre in a Judgement of Equity ; if afterward in another like case he find it more consonant to Equity to give a contrary Sentence, he is obliged to doe it. No mans error becomes his own Law ; nor obliges him to persist in it" (1)... L'article a l'ambition de proposer une théorie du précédent en droit européen, c'est-à-dire de l'emploi fait dans ses raisonnements par le juge européen des espèces antérieures portées devant lui. Il nous semble en effet que, d'une part, l'on ne peut plus se contenter de se réfugier derrière la dichotomie, largement artificielle (2), qu'on a parfois établie entre systèmes de droit romano-germanique et de common law. Il nous paraît aussi que la justice européenne, et le rôle qu'y occupe la notion de précédent, méritent de faire l'objet d'un examen spécifique -distinct, donc, tout à la fois de l'étude de la notion de précédent en général dans notre droit continental et des théories plus traditionnelles du précédent judiciaire qui prennent le droit anglo-saxon comme modèle (3).

(1) Th. Hobbes, Leviathan, § 144 (McPherson ed., Penguin Pooks 1975), p. 323.
(2) Cf. Allen, Law in the Making (Oxford, Clarendon Press 1964), p. 183 ("Where the English judge introduces new law under the guise of old precedent, the French judge does so under the guise of a new interpretation of the lex scripta") ; F. Lawson, A Common Lawyer looks at the Civil Law : Five Lectures Delivered at the University of Michigan, November 16, 17, 18, 19 and 20, 1953 (Westpoint, Conn., Greenwood 1977) (notant l'autorité de facto dont jouissent, en France, les arrêts de la Cour de cassation, dont les décisions sont souvent citées devant les juridictions inférieures) ; M.A. Glendon, M.W. Gordon & C. Osakwe, Comparative Legal Traditions (St Paul, Minn., West Publishing Co., 1985) ("it is evident that the case law (...) plays an enormous role in the everyday operation of the legal system <of France>") ; R. David, Les grands systèmes de droit contemporains (Dalloz, Paris 1988 (9ième éd.)), p. 143 ("il nous apparaît que les différences affectent plus le détail que les principes"). Voy. cependant Lipstein, The Doctrine of Precedent in Continental Law With Special Reference to French and German Law, 28 Journal of the Society of Comparative Legislation 34 (1946) (indiquant du point de vue historique les évolutions différentes de la notion de juriprudence comme source de droit dans les systèmes de droit romano-germanique et de common law).
(3) Ce n'est pas à dire que les travaux anglais et américains sur la notion de précédent ne présentent pour nous d'autre intérêt qu'exotique. Au contraire, c'est de ces travaux que nous partirons, et dont nous tenterons dévaluer la pertinence. Signalons, parmi les meilleures synthèses : L. Goldstein (ed.),

D'emblée, il s'indique de faire trois précisions qui délimiteront le cadre de l'étude. Elle sont relatives à la notion de juge européen ici retenue, à la terminologie utilisée, et au plan du parcours qui sera le nôtre.

Première précision : par "justice européenne", nous entendons désigner la procédure de contrôle juridictionnel mise en place aux fins d'évaluer la conformité, par rapport à la norme suprême d'un ordre juridique européen, des règles de droit qui lui doivent conformité. L'on caractérise le "juge européen" par sa mission spécifique -qui est d'évaluer la conformité d'une norme par rapport à une autre norme, cette dernière faisant l'objet d'une interprétation dont il a la maîtrise en dernière instance. Cette définition de la justice européenne comme effectuant un contrôle ultime -non susceptible de remise en cause par une autre autorité- de norme à norme englobe en une même analyse la Cour européenne des Droits de l'Homme (4) et la Cour de Justice des Communautés européennes (5). Notre hypothèse de travail est que la façon dont la technique du précédent opère au sein de ces deux juridictions présente certains traits communs, pose en tout cas des questions similaires, bref mérite d'être envisagée en tant que telle. En effet, par rapport à une étude de la décision par précédent qui serait plus englobante, l'examen du rôle du précédent en justice européenne se borne à celui d'une hypothèse précise : le précédent, ici, s'entend de *la force normative que peut avoir une décision antérieure sur le raisonnement d'un juge qui n'est pas hiérarchiquement inférieur à celui qui a formulé le précédent, mais qui est le même juge statuant en une espèce différente.* Le juge européen doit-il être cohérent avec lui-même ? Doit-il reproduire, dans ses raisonnements présents, les solutions qu'il a retenues dans le passé ? En droit européen, c'est en-dehors de toute notion de hiérarchie, c'est en l'absence de la sanction éventuelle d'une censure par le degré d'appel, que le précédent opère ou n'opère pas. Cette spécificité, nous a-t-il semblé, valait bien le temps d'une enquête.

Une certaine terminologie est aussi à arrêter. L'on qualifiera ici de "juge premier" la juridiction dont on imagine qu'elle a pu formuler une règle susceptible d'être invoquée comme précédent dans une cause postérieure ; le "juge second" sera, comme de juste, la juridiction qui s'interroge, s'agissant de la cause présentement portée devant elle, sur la nature obligatoire ou non de la règle ainsi posée. Vu sous cet angle, le précédent peut s'analyser comme le *type de rapport existant entre le juge premier et le juge second* - et pose un premier dilemme, sur lequel on reviendra : comment *à la fois* justifier le recours à la technique du précédent comme une limitation mise à l'arbitraire du juge (le juge second, contraint au respect du précédent qu'il dégage), sans *en même temps* reconnaître à un autre juge (le juge premier, auteur présumé de la règle précédentielle) le pouvoir de légiférer, c'est-à-dire

---

Precedent in Law (Oxford, Clarendon Press 1987) ; R. Cross, Precedent in English Law (Oxford, Clarendon Press 1968) ; R. Wassertrom, The Judicial Decision : Toward a Theory of Legal Iustification (Stanford Univ. Press, 1978) ; J. Austin, Lectures on Jurisprudence, pp. 290-378 (1861) ; Maltz, The Nature of Precedent, 66 North Carolina L. Rev. 367 (1988) ; Monaghan, Stare Decisis and Constitutional Adjudication, 88 Columbia L. Rev. 723 (1988).

(4) Chargée du contrôle ultime de conformité de toute action gouvernementale aux articles de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Protocoles additionnels ratifiés par l'Etat attaqué (Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955 (Mon. b., 19 août), art. 52 : "L'arrêt de la Cour est définitif").

(5) Chargée du contrôle ultime de conformité des actes des Etats Membres des Communautés européennes aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957 (Mon. b., 25 décembre) (art.164 de ce Traité, ci-après dénommé "Traité de Rome") ; à celles du Traité instituant la Communauté Européenne de l'Energie Atomique (Euratom), signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957 (Mon. b., 25 décembre) (art.136 de ce Traité, ci-après : "Traité Euratom") ; et à celles du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, signé à Paris le 18 avril 1951, approuvé par la loi du 25 juin 1952 (Mon. b., 6 août) (art. 31 de ce Traité, ci-après : "Traité C.E.C.A.").

de disposer par voie générale et abstraite ? Réciproquement : comment prétendre dénier au juge premier ce pouvoir de dire le droit pour des causes non portées devant lui, sans se trouver obligé aussi de légitimer le pouvoir d'interprétation plus étendu -puisque non limité par la force du précédent existant- du juge second ? Déjà se perçoit la nécessité de trouver un compromis satisfaisant entre une notion trop rigide de précédent et une notion trop vague, la première donnant un pouvoir excessif au juge premier (qui est pouvoir de légiférer), la seconde transférant ce pouvoir au juge second (qui est pouvoir de décider la cause portée devant lui arbitrairement, sans la contrainte du précédent).

La troisième précision a trait au plan qui sera ici suivi. Le recours à la technique du précédent, dans sa forme la plus grossière, impose de traiter une situation A' de manière X, *pour la seule raison que* la situation A, présentant avec A' des traits de similarité suffisants, avait antérieurement été traitée de la manière X (6). Les conséquences de pareil mode de raisonnement ne sont pas minces : une solution déterminée s'impose au juge *en raison seulement de son statut historique*, et *a priori* indépendamment des vertus propres qu'elle pourrait présenter (7) ; cette technique doit avoir une certaine portée, c'est-à-dire que *l'étendue de l'obligation du juge second de déférer au précédent* dans ses jugements est à discuter ; enfin, la condition de sa mise en oeuvre est qu'une *similarité* entre des situations *non identiques* puisse s'établir, qui autorise et rende possible l'usage de la technique du précédent. Ce sont donc, au minimum, trois questions que nous devons nous faire s'agissant de l'utilisation de la technique du précédent en justice européenne : celle de sa justifiabilité (est-il *légitime* de prétendre lier le juge par des décisions judiciaires antérieures ?) ; celle de son étendue (*jusqu'à quel point* va-t-elle, cette obligation faite au juge second de déférer au précédent qu'il dégage ?) ; sa praticabilité enfin (est-il *possible* de suivre un précédent ?). Nous avons là le plan des trois premières parties de ce qui suit. Une quatrième et dernière partie propose en conclusion un nouveau vocabulaire de compréhension du phénomène du précédent.

I - JUSTIFIABILITÉ DU PRÉCÉDENT CONSTITUTIONNEL

Cette partie examine les arguments traditionnellement avancés en faveur de l'importation de la technique du précédent dans le raisonnement juridique. Elle tente aussi d'en évaluer la pertinence, et de cerner le caractère spécifique qu'ils prennent en droit européen. Au moment d'en entamer la rédaction, notre espoir était le suivant : que le parcours des arguments en faveur du précédent permette de mieux cerner ce que veut dire pour un juge de suivre un précédent.

(6) Schauer, Precedent, 39 Stanford L. Rev.571 (1987).

(7) L'on ne peut en effet parler de précédent que lorsque le juge qui se sent lié par une solution antérieurement dégagée se trouve sous l'obligation de déférer au precédent *Alors même qu'il se sent en désaccord avec la solution* que le précédent propose. En effet, dans l'hypothèse inverse -le juge s'en réfère à une cause antérieure simplement pour donner davantage de poids à une solution qu'il estime de toute façon adéquate-, il n'y a pas à proprement parler précédent, c'est-à-dire émergence d'une règle de droit s'imposant à lui en dépit de ses convictions intimes. Plus exactement, la seconde hypothèse est contenue dans la première, et l'étude de celle-ci permet, seule, de comprendre celle-là : comment en effet imaginer qu'un juge donne davantage de poids à ses jugements par la référence à des causes antérieures sans que ces causes aient une autorité propre, à elles, donc avant que le juge ait formé sa conviction ? Voy. sur ceci infra et L. Alexander, Constrained by Precedent, 63 California L. Rev. 1, 8-9 (1989).

La justification de la règle étant aussi un guide dans son interprétation (8), il nous avait semblé que si, du précédent, une justification satisfaisante pouvait être offerte, sa portée s'en trouverait éclairée du même coup (9).

Quatre arguments sont examinés. Annonçons d'emblée la conclusion que l'on peut tirer au terme du parcours : aucune des raisons classiques de conférer au précédent un poids dans le raisonnement juridique ne convainc, aucune, donc, ne paraît en mesure de justifier le réconfort que semblent puiser en lui plaideurs et décideurs de son invocation comme autorité. Quant aux sources de l'échec, elles ne manquent pas d'être instructives : le précédent, en tant qu'il commande un respect du passé indépendant de la justice incarnée en lui, n'est jamais complètement à l'oeuvre dans le raisonnement juridique. D'autres considérations que l'impératif d'*équité* qu'il traduit -des considérations qu'on peut regrouper sous l'intitulé générique de *justice*- viennent nécessairement le contrebalancer : ces considérations viennent borner le précédent, en réduire la signification, et du même coup le rendent acceptable. Le précédent s'impose pour des motifs d'équité, que nous allons voir, et pour des motifs que l'on peut qualifier d'utilitaristes, mais il est toléré seulement en tant que suppléé par son contraire -un contraire qui refuse, au nom de la justice, de sacrifier le présent au passé. L'exposé des motifs de la règle du précédent met en lumière cette contradiction constitutive, et c'est dans cet exposé qu'il faut présentement entrer.

1 - L'égalité. La première justification, qui part de la notion de l'égalité devant la loi, se comprend aisément : faire choix en une cause A' d'une solution X déjà préférée en une cause A suffisamment semblable, n'est-ce pas accorder un traitement identique aux situations analogues ? Refuser au contraire l'application du précédent lorsque les situations ne sont pas considérées suffisamment voisines, n'est-ce pas offrir un traitement distinct aux situations non analogues ? Et n'est-ce pas à ces deux prescrits complémentaires que se ramène la règle de non-discrimination, dont chacun des juges européens assure la protection, tantôt sur la base d'un texte qui le lui impose (10), tantôt sur celle des principes généraux qu'il dégage (11) ?

L'on aperçoit immédiatement le problème que pose l'adoption de la règle d'égalité comme légitimant le recours au précédent, et qui est relative à la *praticabilité* de pareille légitimation : comment, sur la base de quels critères, dire de deux situations distinctes -A' n'est jamais exactement A- qu'elles sont suffisamment semblables pour faire l'objet d'un traitement identique (12) ? Mais, en amont même de cette question -sur laquelle on reviendra, car elle concerne la *mise en oeuvre* de la technique précédentielle et non *sa justification*-, il convient de s'interroger sur la pertinence de la règle d'égalité dans ce contexte.

---

(8) R. Dworkin, Law's Empire (Cambridge, Harvard Univ. Press, 1986), p. 53.

(9) R. Dworkin, Taking Rights Seriously (Cambrdge, Harv. Univ. Press 1977), p. 113. Ronald Dworkin fonde sur le principe de la non-discrimination (comme forme de "fairness") la justification du caractère obligatoire du précédent au-delà du langage précis qui est le sien : c'est ce qu'il appelle sa "force gravitationnelle" qui excède sa "force de promulgation" ("enactment force"), mais qui ne doit être reconnue qu'aux motifs d'une décision qui se fonde sur des arguments de principe et non de politique : c'est, en effet, seulement en ce qui concerne les principes que s'imposerait la règle de non-discrimination.

(10) Convention européenne de sauvegarde, art.14.

(11) Voy. par ex. C.J.C.E., arrêt 1/72, Frilli, ECR 457, 466 (1972). La Cour de Justice des Communautés européennes déduit l'existence d'un principe général de non-discrimination des articles 7 (non-discrimination sur la base de la nationalité), 40(3) (non-discrimination en matière agricole) et 119 (égalité de traitement entre hommes et femmes) du Traité de Rome. Voy. généralement L. Brown & F. Jacobs, The Court of Justice of the European Communities (London, Sweet & Maxwell 1983), pp. 264-265.

(12) Voy. généralement Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982), et Lyons, Formal Justice and Judicial Precedent, 38 Vanderblit L. Rev. 495 (1985).

Nous l'avons dit en effet : si une décision antérieure ne sert qu'à renforcer le poids d'une solution juridique qui par ailleurs allait de soi, elle ne fonctionne pas à proprement parler comme précédent ; la technique du précédent ne se manifeste de façon autonome dans le raisonnement juridique que si elle impose en une espèce A' une solution X qui, si elle n'avait pas été adoptée antérieurement en une espèce A, ne s'imposerait pas d'elle-même au juge (13). D'où l'ambiguïté contenue dans la justification de la technique du précédent par l'invocation de la règle d'égalité ou de non-discrimination qu'elle serait censée traduire, et qui est d'abord une justification *morale* : une solution incorrecte en soi ne devenant pas correcte simplement parce qu'elle a déjà été adoptée dans le passé, peut-on légitimer par la règle intemporelle d'égalité la perpétuation d'une erreur, qui reste erreur malgré sa répétition (14) ? Et le traitement "égal", même si immoral, dont fait l'objet la situation A', n'est-il pas aussi et indistinctement "discriminatoire" par rapport à la masse de situations ayant fait l'objet d'un traitement moral (15) ?

A travers le recours au précédent *incorrectement* décidé -le seul dont la justification s'impose, en ce que cette justification seule fonde le recours au précédent comme argument d'autorité dans les cas où il est *correctement* décidé-, on aboutit donc à reconnaître une primauté à l'égalité sur la justice (16). Ce qu'il y a de remarquable dans cette conclusion, c'est que le dilemme est constitutif de tout raisonnement sur le précédent si l'on fait démarrer celui-ci de la notion d'égalité : il n'est aucunement périphérique, simple accident ou anomalie. Prise au mot en effet, la règle d'*égalité* s'impose avec d'autant *plus de force* que la solution X est *injuste :* en cas d'injustice grossière -ou de précédent manifestement erronément décidé-, ne pas respecter le précédent établi introduirait entre les situations A et A' une discrimination flagrante -plus flagrante, en tout cas, que si l'injustice consistant à traiter de manière X la situation A n'est que mineure (17). L'argument en faveur d'un

(13) Supra et L. Alexander, Constrained by Precedent, p. 7 ; E. Maltz, The Nature of Precedent, 66 North Carolina L. Rev. 367, 369 (1988) ; R. Wasserstrom, The Judicial Decision, op.cit., pp. 6972 ; Schauer, Precedent, op. cit., p. 595.

(14) L. Alexander, Constrained by Precedent, op. cit., p. 10 ("Neither two nor two million wrongs can make a right, however much they equalize situations. Nor is the two millionth wrong somehow less wrong than the first").

(15) De façon plus générale, l'on dira que la justification du précédent par la règle d'égalité revient à privilégier arbitrairement une situation historique particulière (celle à l'occasion de laquelle la règle invoquée comme précédent a été posée) sur une infinité d'autres situations historiques (immédiatement antérieures à l'instant où ce précédent a été posé) : si le transport de la solution X de la situation A à la situation A' établit bien une équivalence entre les parties en A et les parties en A', n'introduit-elle pas en même temps une discrimination entre les situations antérieures à A et la même situation A' en cause ? Au nom de quoi justifier ce privilège de l'immédiatement antérieur sur le moins immédiatement antérieur ? Si c'est au nom d'une qualité plus grande du jugement invoqué comme précédent sur ce qui était avant lui, alors on est conduit à justifier la reproduction du précédent par autre chose que lui-même, ce qui, on l'a vu, ne répond pas réellement à la question de départ.

(16) D'autres écrivent : une primauté de l'égalité dans le temps (entre deux situations distinctes par leur chronologie) sur l'égalité dans l'espace (entre deux situations distinctes par leur matérialité, mais situées dans un même espace historique). Cf. E. Bodenheimer, Jurisprudence : The Philosophy and Method of the Law (rev. ed.1974, p.427). Sur ce conflit, voy. les raisons invoquées en 1966 par la Chambre des Lords britannique au moment de décider qu'elle ne devait pas s'estimer liée par ses décisions passées in : W. Barton Leach, Revisionism in the House of Lords, 80 Harv. L. Rev. 797 (1967).

(17) L. Alexander, Constrained by Precedent, op. cit., p.11. Le même auteur envisage deux situations où le principe d'égalité, même dans l'application d'une solution incorrecte en droit, resterait malgré tout pertinente : il s'agit des cas où cette solution incorrecte imposerait l'octroi d'avantages discrétionnaires (dont nul ne se trouverait par conséquent lésé) ; ou des cas où le bien accordé est de type "compétitif" (les votes supplémentaires accordés à un groupe politique diminuant les chances électorales du groupe politique adverse, la règle d'égalité imposerait d'étendre la solution incorrecte et défavorable imposée au premier groupe à ses concurrents par une application mécanique -détachée de la sagesse plus ou moins grande de la solution de fond- de la technique précédentielle). Si l'on peut exprimer son accord sur la seconde hypothèse, force est de noter que la première reste aveugle au fait que le bien-être est mesuré, dans toute société, en termes comparatifs et non absolus : l'octroi de bénéfices discrétionnaires à mon voisin n'affecte-t-il pas ma situation (en la rendant moins bonne relativement) par cela

traitement indifférencié de A et de A' s'impose donc avec une puissance de conviction *directement proportionnelle à l'injustice substantielle que le choix de cette solution constitue :* entre l'exigence d'égalité intertemporelle et l'exigence de justice, l'opposition est absolue, essentielle, et toute tentative de réconciliation condamnée à échouer.

A ce premier argument contre l'égalité comme légitimatoire d'un recours à la technique du précédent en justice européenne, un second s'ajoute qui met en lumière plutôt ce que la décision judiciaire peut avoir de *prospectif* que la *reproduction du passé* qu'elle prétend effectuer. Si le précédent répète ce qui a déjà été dit, en effet, il est aussi répétition générale d'une pièce dont le décideur sait qu'elle va se jouer : l'aujourd'hui n'est pas seulement le demain d'hier ; il est aussi la veille du lendemain (18) et, si le juge se trouve inséré dans un système qui reconnaît la validité du précédent, il est obligé d'en tenir compte. Ainsi, dans un tel environnement, la technique du précédent a une influence sur la décision judiciaire même en l'absence de toute décision passée susceptible d'être considérée comme ayant valeur de précédent, simplement parce que la décision présente génère des effets pour l'avenir (19).

Cette influence sur la décision judiciaire présente de ses conséquences sur les décisions futures conduit cette décision présente à être "suboptimale" (20) : le décideur, conscient des conséquences *à venir* de son action, ne prendra pas la voie qu'il estime la meilleure pour l'espèce dont il a à connaître présentement. Cela, pour une raison simple, qu'on peut d'ailleurs illustrer par un exemple numérique (21), et qui se laisse résumer dans la constatation que l'intégration dans le raisonnement juridique de son incidence sur les causes à venir -généralement et abstraitement définies par le langage utilisé dans la décision du juge premier qui élabore ou précise la règle ayant force de précédent- oblige ce raisonnement à prendre en considération autre chose que ce qui lui appartient en propre (22). Il est donc dérogé à ce qu'imposerait en principe l'espèce jugée au profit de l'"intérêt de la loi" non autrement définissable que comme la prise en compte de l'avenir dans le raisonnement présent (23). Donc, "lorsque le précédent est importé dans un système,

---

simplement que je me compare à lui ? La généralisation de cet octroi à d'autres ne renforcerait-elle pas davantage encore mon sentiment d'injustice ?

(18) Schauer, Precedent, op. cit., p. 573.

(19) Idem, pp. 588 ss. 2 Id., p. 589.

(20) Id., p. 589.

(21) Considérons cinq décisions (de 1 à 5), chacune des décisions effectuant un choix entre deux possibilités (A ou B). Imaginons qu'on puisse évaluer, dans chaque décision, l'opportunité sociale de l'altemative A~n) ou de l'alternative B(n). On obtient (l'exemple est de Schauer, Precedent, op.cit., p. 589) :

1.	A(1)	55	B(l)	45
2.	A(2)	30	B(2)	70
3.	A(3)	40	B(3)	60
4.	A(4)	45	Bt4)	55
5.	A(5)	60	B(5)	40

Dans la séquence de cinq décisions ci-dessus, l'on préfèrera A dans la première et la cinquième décision, mais B dans les trois autres, *lorsque les décisions individuelles sont traitées independamment les unes des autres.* Mais, si l'on postule au contraire que le précédent joue, et que par conséquent le décideur considère *non seulement l'espèce qu'il a devant lui mais aussi les effets que sa décision aura à l'avenir,* il optera pour l'alternative B (total de +40 sur les cinq décisions) qui se reproduira dans les cinq cas (de choisir l'alternative A aurait conduit à un résultat final de -40). Dans les décisions 1 et 5, la décision prise est suboptimale.

(22) Voy. généralement Perry, Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory, 62 Calif. L. Rev. 913, 984-985 (1989), et la réponse de Raz, Facing Up : A Reply, 62 Calif. L. Rev.1153, 1209-1212 (1989).

(23) L'argument est parfois avancé que le traitement de cas particuliers par référence à des règles générales et abstraites respecterait mieux les intérets particuliers en cause que ne le ferait un jugement strictement au cas par cas. Pour des raisons précisées infra, l'argument échoue cependant.

la possibilité d'une optimisation au cas par cas disparaît" (24) -et l'on est conduit à subordonner à l'intérêt sociétal global la définition de l'étendue des droits et libertés des individus, ce qui répugne à toute conception libérale du droit (25).

On se trouve donc confronté à une situation paradoxale, dont un dépassement est nécessaire : comment fonder sur une notion d'équité -celle qui impose, sous couvert de la règle d'égalité, traitement égal de situations analogues- l'imposition d'une injustice par application d'un précédent incorrectement décidé, ou par application d'une règle de droit suboptimale pour l'espèce présente, mais que le juge estime plus adéquate à gouverner les espèces à venir ? D'autres arguments sont avancés en faveur d'un recours à la technique du précédent, dont l'ambition est de légitimer ce recours sans tomber dans les apories auxquelles conduit l'application du principe de non-discrimination.

2 - *Les attentes légitimes.* C'est la Cour de Justice des Communautés européennes qui a défini le principe de la façon la plus claire, dans une décision où elle se prononce sur les modalités d'exercice du pouvoir reconnu au Conseil dans le cadre de la politique de rémunération des fonctionnaires européens : elle a évoqué à cette occasion "la règle de la protection de la confiance légitime que les administrés peuvent avoir dans le respect" (26) par le Conseil des engagements unilatéraux qu'il a pris. L'argument peut également servir à justifier l'importation de la technique du précédent dans le raisonnement du juge constitutionnel : la reproduction de la solution X antérieurement adoptée ne respecte-t-elle pas les attentes légitimes que les destinataires de la norme ont développées s'agissant de cette solution (27) ? Indépendamment de la "justesse" de cette solution, le simple fait qu'elle ait été prise en compte par les parties au litige n'oblige-t-il pas à sa répétition ? le jugement correct n'est-il pas alors celui qui reprend une solution incorrecte, mais dont la reprise est attendue ?

L'argument, qui est au coeur même de la notion de stare decisis (28), présente un avantage certain : si on l'accepte, on est conduit du même coup à faire échapper le précédent à l'accusation traditionnelle dont il est l'objet d'hypostasier le pouvoir du juge. La certitude dans laquelle se trouvent les parties quant au droit qui leur est applicable ne les incitera-t-elle pas à régler davantage leurs litiges sans recourir aux tribunaux ? Ce retrait du pouvoir judiciaire n'aura-t-il pas pour effet de limiter -quantitativement au moins- l'emprise du juge sur la vie sociale et le développement du droit (29) ? Il ne suffirait donc plus de dire : en tant qu'il permet

(24) Schauer, Precedent, op. cit., p. 590.
(25) Cf. J. Rawls, A Theory of Justice (Cambridge, Harv. Univ. Press, 1971), p. 28, qui s'oppose fermement à ce type de raisonnement utilitariste. Imagine-t-on, pour prendre un exemple extrême mais malheureusement non imaginaire, que les protections contre la discrimination raciale soient restreintes par la prise en compte de l'exigence de maintenir les structures sociales existantes, qui se trouvent institutionnaliser le racisme ? Cf. Monaghan, Stare Decisis and Constitutional Adjudication, op. cit., p. 761.
(26) C.J.C.E., Commission c. Conseil, 81 /72, Rec. (1983), p. 575, ici p. 584 (§10 de l'arrêt). Voy. également les arrêts Bock c. Commission, 62/70, Rec. (1971), p. 897, et CNTA c. Commission, 74/74, Rec. (1975), 533, spéc. p. 556.
(27) Radin, Case Law and Stare Decisis : Conceming Präjudizienrecht in Amerika, 33 Colum. L. Rev. 199 (1933) ; R. Wasserstrom, The Judicial Decision, op. cit., pp. 68-70. Comme le résume Reisman : "The morality of case law, like all law, rests on respect for expectations that have been established and authorized by appropriate community processes" (W.M. Reisman, Respecting One's Own Jurisprudence : A Plea to the International Court of Justice, 83 American J. Int'l L. 312, 317 (1989)).
(28) L'expression latine originelle est : *stare decisis et non quieta movere*, le respect du précédent et le refus de remettre en cause ce qui paraît acquis étant donc, aux yeux de ses premiers théoriciens, une seule et même chose.
(29) Cf. Moragne v. States Marine Lines, 398 U.S. 375, 403 (1970), où la Cour suprême des Etats-Unis propose elle-même l'argument ; et Monaghan, Stare Decisis and Constitutional Adjudication, op. cit., pp. 744-746.

le respect des attentes légitimes des parties, le précédent trouve à se justifier ; il faudrait encore ajouter : en tant qu'il se fonde sur ce raisonnement, le précédent contient le principe de sa propre limitation, puisque le pouvoir plus grand qu'il reconnaît au juge est compensé par l'importance décroissante du mode judiciaire de résolution des conflits par rapport à d'autres modes plus informels.

L'argument présente un avantage certain, et la tentation est réelle de l'accepter tel quel, dans la simplicité de son premier énoncé. Pourtant, à l'examen, ce sont plusieurs réserves qu'on est conduit à formuler. D'abord, l'argument tiré des attentes légitimes des destinataires de la norme repose sur l'idée que le juge est placé devant un choix binaire : devant *ou bien* réduire à néant ces attentes légitimes en décidant d'opérer revirement de jurisprudence, *ou bien* faire application d'une règle qu'il ressent comme injuste mais que son statut de précédent rendrait contraignante, le juge devrait privilégier la première branche de l'alternative au nom des exigences d'une justice procédurale qui l'emporterait sur une idée, toujours disputable, de ce qu'imposerait la justice substantielle. Mais pareille alternative épuise-t-elle vraiment la gamme des solutions disponibles ? Evidemment non : au juge, d'autres possibilités s'offrent que de prendre de court ou de perpétuer l'injuste. Il peut refuser de donner effet rétroactif à l'interprétation du droit qu'il propose, et refuser par là d'opérer, à travers son jugement, remise en cause des situations acquises (30). Il peut également recourir à la technique du "prospective overruling" (31), c'est-à-dire respecter dans sa décision les attentes légitimes qu'ont développées les parties à partir de la solution adoptée lors d'une cause antérieure, tout en annonçant pour l'avenir l'abandon de cette solution. Par conséquent, d'un point de vue pratique, il est possible d'aménager une certaine coexistence des exigences a priori opposées, d'une part, du respect des attentes légitimes des parties à un procès, de l'autre, de la préférence qu'il convient d'accorder à la solution correcte sur la solution incorrecte mais antérieurement adoptée.

L'argument en faveur du précédent qui est tiré des "attentes légitimes" n'est par conséquent pas à considérer comme décisif, puisque le juge peut se donner les moyens tout à la fois de renverser un précédent existant et de respecter ces attentes légitimes. Mais, indépendamment même de cette réserve, il convient de noter que la justification du précédent par le principe du respect des attentes légitimes, s'il est distinct de la justification par le principe d'égalité, rencontre une objection de type identique. Dans la mesure où elle favorise le choix d'une solution incorrecte mais respectueuse du précédent, elle privilégie en effet une vision de la justice (la justice comme respect des expectations légitimes) sur une autre (la justice comme choix de la solution juridiquement la plus correcte). Or, ce privilège est lui-même à fonder, et cela ne peut se faire qu'à partir d'un point d'ancrage extérieur aux deux positions en présence : c'est un point d'ancrage qui reste à définir.

---

(30) Voy. par exemple C.E.D.H., aff. Marckx, arrêt du 13 juin 1979, Série A, n°31, § 58, et C.J.C.E., Defrenne II, 8 avril 1976, Rec. (1976) : dans ces deux arrêts célèbres, le juge européen a choisi de limiter le caractère déclaratoire, donc en principe rétroactif, de ses décisions. Comme le note Koen Lenaerts à qui nous empruntons la référence à la Cour de Justice, il y a là "une combinaison subtile entre, d'une part, une actualisation dynamique du texte constitutionnel et, d'autre part, le principe de la sécurité juridique, la caractère obligatoire du droit en faveur des parties au litige et tant que moteur du processus général de délimitation du pouvoir par le juge et, enfin, le principe d'égalité" (K. Lenaerts, Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen, Bruylant 1988, n° 622). Dans le contexte d'une étude sur le précédent, l'"actualisation dynamique" est à interpréter comme une priorité accordée à l'indexation du droit aux réalités sociales sur le respect du précédent. Cette primauté s'effectue, évidemment, au dépens de la sécurité juridique des destinataires de la norme qui ont pu se fonder sur l'interprétation déjà offerte dans le passé de celle-ci.

(31) Maltz, The Nature of Precedent, op. cit., pp. 368-369 (citant aussi R. Keeton, Venturing to Do Justice (1969), pp. 25-53).

3 - L'efficacité. On a à l'occasion justifié le recours à la technique du précédent par l'efficacité du travail de l'institution judiciaire, qui s'en trouverait accrue (32) : de simplement rééditer une solution antérieurement dégagée, cela n'économise-t-il pas les forces de la juridiction appelée à se prononcer, cela ne lui épargne-t-il pas de devoir reconstruire, pour ainsi dire *ex nihilo*, de longs et difficiles raisonnements ? L'argument est séduisant. Mais il ne vaut qu'à condition d'ignorer les problèmes que pose le fait de recourir au précédent comme tel (33) : ainsi que nous le verrons dans une deuxième partie, la technique du précédent n'est pas nécessairement plus aisée à mettre en oeuvre que son contraire, constituant en une simple lecture de la loi écrite. Quel précédent retenir ? Comment l'interpréter (34) ? Jusqu'à quel point se sentir lié par lui ? Toutes ces questions, celui qui prétend appuyer sa décision sur une décision passée doit y apporter réponse, et ce sont des réponses qui ne vont pas de soi.

Plus fondamentalement d'ailleurs, comment justifier que le précédent mal décidé s'impose simplement parce que son application permettrait, par hypothèse, d'économiser les ressources judiciaires ? Faut-il préférer la solution efficace et incorrecte à la solution peut-être coûteuse, dans sa découverte ou dans sa mise en oeuvre, mais juste (35) ? Si oui, alors au nom de quel impératif concurrent faut-il écarter une règle -qui est au fond la plus économique de toutes- qui imposerait de donner tort au demandeur dans toutes les hypothèses ?

L'importation du précédent en justice constitutionnelle ne peut se légitimer par des arguments utilitaristes qu'à la condition de passer sous silence toute considération de justice substantielle.

La justification de l'argument d'efficacité, par conséquent, rencontre ce même dilemme qui traverse l'ensemble du discours théorique sur le précédent : dilemme entre équité et justice, entre la reproduction mécanique de la solution antérieure et la recherche de la solution la plus correcte *in specie* ... Ce dilemme, l'argument d'efficacité peut vouloir en sortir. Sa tentative de le faire consistera alors à fusionner les deux branches de l'alternative, par l'affirmation d'une identité entre elles : il adoptera alors une vue du droit qui peut être qualifiée d'évolutionniste, tout changement dans la jurisprudence se trouvant dès lors défini *a priori* comme progrès vers une plus grande rectitude ou harmonie juridiques. Une telle vision de la vie du droit donne à l'argument d'efficacité un poids beaucoup plus grand : celui de réaliser la synthèse entre équité et justice. Elle a parfois été proposée comme rendant adéquatement compte du processus de formation des doctrines juridiques (36). Elle se voit cependant opposer deux arguments importants, auxquels elle est incapable de donner réponse : selon un premier argument, la lecture darwinienne du droit se voit

(32) Radin, Case Law and Stare Decisis, op. cit., p. 200 ("<I>f precedents are followed the law is more readily discoverable than if they are not") ; Schauer, Precedent, op. cit., p. 599.
(33) E. Maltz, The Nature of Precedent, op.cit., p. 370.
(34) Parce qu'il n'est jamais présent qu'à travers l'écrit qui le préserve, le précédent n'est pas immédiatement accessible, dans sa présence pure et immédiate, à celui qui veut en faire application : par conséquent, les difficultés que rencontre tout interprète de la loi sont rencontrées aussi par celui qui prétend suivre un précédent - qu'il doit lire et auquel il doit conférer un sens.
(35) On a parfois répondu à cette question par l'affirmative, en s'appuyant le cas échéant sur des arguments strictement économicistes (voy. Kornhauser, An Economic Perspective on Stare Decisis, 65 Chicago-Kent L. Rev. 63 (1989) ; Macey, The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis, 65 Chicago-Kent L. Rev. 93 (1989)). N'est-ce pas hypostasier l'efficacité au détriment de la justice ?
(36) Voy. Clark, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution, 90 Yale L.J. 1238 (1981) ; Rubin, Why is Common Law Efficient ? 6 Journal of Legal Studies 51 (1977) ; PRIEST, The Common Law Process and the Selection fo Efficient Rules, 6 Journal fo Legal Studies 65 (1977). Pour de bonnes synthèses de cette approche darwinienne du droit, cf. HOVENKAMP, Evolutionary Models in Jurisprudence, 64 Texas L. Rev. 645 (1985), et Sinclair, The Use of Evolution Theory in Law, 64 Univ. of Detroit L. Rev. 451 (1987).

reprocher d'être tautologique, puisque, refusant de construire une instance de critique qui soit extérieure au droit, elle *postule* un progrès continu dans l'évolution juridique qu'elle prétend y *découvrir* (37) ; selon un second argument, qui se trouve dirigé plus spécifiquement contre l'hypothèse darwinienne comme légitimatoire du recours au précédent -le précédent étant alors défendu comme la trace d'un progrès par rapport à ce qui lui est antérieur-, il est noté que l'hypothèse darwiennienne justifie aussi bien une *fidélité* au précédent qu'une *répudiation* de celui-ci : la logique évolutionniste, en effet, n'oblige-t-elle pas à avaliser tout départ du précédent comme opérant *lui aussi,* en tant qu'il est évolution, progrès dans la doctrine juridique ? Parce que le postulat évolutionniste échoue, l'argument d'efficacité, qui voulait donner à la doctrine du précédent une fondation stable en mettant l'accent sur l'économie que représente le fait de répéter un raisonnement plutôt que de le recréer, ne dépasse pas la contradiction entre le fait de cette répétition et les exigences de la justice. Cet échec nous impose d'aller au-delà.

4 - L'imagerie de la justice. Une quatrième considération est parfois avancée par les partisans du précédent en droit européen. A appuyer sa décision sur un arrêt antérieur rendu par lui, le juge second ne réfute-t-il pas l'impression qui est parfois créée que son interprétation du droit est purement subjective ? Ne renforce-t-il pas, du coup, sa légitimité (38) ? Et cette légitimité, dans le domaine d'un contrôle effectué en dernière instance, n'est-elle pas d'autant plus urgente à établir qu'elle est, à l'occasion, violemment contestée (39) ? Un examen, même rapide, du raisonnement qui s'esquisse ainsi conduit cependant à l'écarter.

Premièrement -on l'a déjà relevé-, il est illusoire de prétendre réduire par l'introduction de la technique du précédent la part de subjectivité et d'arbitraire inhérente à l'entreprise de justice constitutionnelle. Car le précédent, ce n'est pas seulement une contrainte à la décision judiciaire qui suit son élaboration : c'est aussi et indivisiblement le pouvoir -exorbitant à n'en pas douter- donné au juge premier de statuer de façon générale et abstraite. Plus forte la règle du précédent, plus faible la marge d'appréciation du juge lié par lui, plus injustifiable le pouvoir du juge qui le formule en premier lieu : le précédent ne nous rapproche pas plus d'une neutralité phantasmatique de l'oeuvre de juger qu'elle ne nous en éloigne.

Deuxièmement, l'argument qui est séduisant pour l'oeuvre de juger en général ne l'est peut-être pas pour l'exercice de la justice en droit européen en particulier. Ce qui vient d'être dit -le précédent place entre les mains du juge premier le pouvoir même qu'il dénie au juge second-, en effet, reçoit une force toute particulière s'agissant d'un secteur du droit où le rôle du juge a une importance centrale, que ne contre-balance que très malaisément le poids d'une majorité politique légitimée par l'élection. En droit constitutionnel, l'importation de la technique du précédent signifie que le juge se voit reconnaître une capacité de dire un droit que ne peuvent alors contredire que, selon les cas, un accord intergouvernemental ratifié par chacun des États membres "en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives" (40), ou -dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde- un accord unanime des Hautes Parties contractantes.

Une procédure assimilable à la révision constitutionnelle de droit interne, seule, peut défaire l'oeuvre d'un juge constitutionnel dont la parole se voit accorder valeur de précédent. Concernant le débat qui nous occupe sur la justifiabilité du précédent en droit européen, l'argument qui part de cette constatation est à double

(37) D. Kennedy, Cost-Reduction Theory as Legitimation, 90 Yale L. J.1275 (1981).
(38) En ce sens, cf. M. Golding, Legal Reasoning (1984), p. 100.
(39) Note, Constitutional Stare Decisis, 103 Harv. L. Rev. 1344, 1351 (1990).
(40) Traité de Rome, art. 236.

tranchant. Tout d'abord, bien entendu, le contexte institutionnel de son intervention donne à l'ouvrage du juge qui nous occupe un caractère particulièrement solennel : si son mot reçoit force de loi en tant que précédent, c'est souvent d'un dernier mot qu'il s'agira, et il faut être d'autant plus prudent dans la reconnaissance de cette capacité. Telle est d'ailleurs la substance de l'opinion dissidente du juge Brandeis dans *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (41), qui constitue un remarquable plaidoyer contre la déférence de la Cour suprême envers ses décisions passées (42). La difficulté, qui confine parfois à l'impossibilité, dans laquelle se trouvent les pouvoirs politiques de censurer l'oeuvre du juge constitutionnel, cela ne doit-il pas nous inciter à la plus grande prudence s'agissant des pouvoirs de celui-ci à statuer de façon générale et abstraite ?

Deux réserves, pourtant, doivent s'ajouter à l'argument que le juge Brandeis prétend tirer du régime de la séparation des pouvoirs (43). Première réserve : s'agissant de la *protection de nature constitutionnelle des droits et libertés qu'assure le juge européen* -ou, de façon plus générale, de toute restriction constitutionnelle placée sur le *contenu* de l'oeuvre législative plutôt que sur la *compétence* de celui-ci par rapport à des pouvoirs réglementaires concurrents-, il faut distinguer deux hypothèses : dans la première, le juge premier, celui qui fait oeuvre de précédent, *limite* la portée de ces protections constitutionnellement garanties -et le législateur ordinaire reste libre de renforcer l'étendue des garanties constitutionnelles- ; dans la seconde hypothèse à l'inverse, le juge constitutionnel choisit *d'étendre* ces droits et libertés garantis -le législateur ordinaire est alors lié par son prescrit, et ne peut s'en libérer qu'en faisant appel à un pouvoir constituant qu'il ne détient pas lui-même. Ce n'est que dans ce second cas de figure que l'objection du juge Brandeis au précédent constitutionnel apparaît pertinente : c'est dans cette hypothèse uniquement, en effet, que le pouvoir constituant, et lui seulement, est en position de renverser une jurisprudence qui déplaît au législateur (44).

Donc, première réserve : c'est seulement lorsque, par son interprétation du droit, le juge restreint la marge d'appréciation du législateur ordinaire (45) qu'on peut mettre en doute l'opportunité de le faire par la technique du précédent, c'est-à-dire par voie générale et abstraite. Autre est évidemment la question de savoir si, sur cette distinction -restriction des droits et libertés protégés d'une part, extension de ces mêmes droits et libertés de l'autre-, l'on peut fonder une théorie plus adéquate du précédent. Il y a tout lieu d'en douter : tandis que l'objection Brandeis ne convainct véritablement que lorsque le législateur ordinaire voit sa marge d'appréciation restreinte par le juge constitutionnel, c'est dans cette hypothèse précisément que, de manière paradoxale, la confiance du public dans le fonctionnement de la justice constitutionnelle serait particulièrement mise à mal si devait être abandonnée l'idée d'un précédent obligatoire : les droits et libertés reconnus par le juge constitutionnel s'intègrent rapidement à la culture politique d'une nation, et le spectre du

(41) 285 U.D. 393 (1932).
(42) Voy. Note, Constitutional Stare Decisis, op. cit., pp. 1350 ss.
(43) En droit européen, l'argument est parfois avancé. Cf. L. Brown & F. Jacons, op. cit., p. 278 : "A final court can only be bound by its previous decisions if the law established by those decisions can, in the last resort, be amended by lesgislation. Since the decisions of the Court of Justice could be affected obly by an amendment of the Treaties, a practical impossibility, it is inevitable that it should be flexible in its approach to precedent".
(44) Voy. sur cea Maltz, Some Thoughts on the Death of Sbre Decisis in Consfftutional Law, 1980 Wisc. L. Rev. 467, 471, et Note, Constitutional Stare Decisis, op. cit., p. 1348.
(45) Dans le cadre des Traités instituant les Communautés européennes, il s'agira du Conseil des Ministres. Le système institutionnel du Conseil de l'Europe est, quant à lui, dépourvu de pareille instance de législation ordinaire.

gouvernement des juges serait naturellement agité par les auteurs si un revirement de jurisprudence devait conduire à leur remise en cause (46).

L'autre réserve est plus fondamentale : elle tient à la séquence du raisonnement qui est celui du juge Brandeis dans son opinion dissidente de *Coronado*... Cette séquence est la suivante : 1 - le processus de révision constitutionnelle est ardu (47) ; 2 - le rôle du juge constitutionnel est par conséquent décisif dans l'élaboration du droit constitutionnel ; 3 - donc, il ne serait pas sage de renforcer encore ce rôle par l'importation de la technique du précédent en droit constitutionnel. Telle quelle, elle présente deux faiblesses : sa troisième étape néglige de reconnaître le caractère ambigu, ou biface, de la relation de la technique du précédent au principe de la séparation des pouvoirs (le précédent donne davantage de poids au juge qui le fait, mais en même temps limite l'arbitraire du juge qui le suit ; surtout, la première étape, qui se contente d'insister sur ce que la processus de révision constitutionnelle peut avoir d'*ardu*, ne s'interroge pas suffisamment sur la signification que peut avoir le fait même de l'*existence* de pareille procédure de révision : si la possibilité en est envisagée par le constituant originaire, n'est-ce pas qu'il aurait prévu la nécessité qui pourrait se faire sentir de censurer une jurisprudence constitutionnelle naissante ? Le fait même que pareille procédure soit organisée ne devrait-il pas l'emporter sur la constatation qu'elle peut être difficile à mettre en oeuvre ? Il n'est pas soutenu ici que la contre-objection à l'opinion Brandeis qui se dessine ainsi soit décisive. En particulier, il convient de remarquer qu'elle peut elle-même se retourner contre l'idée de précédent constitutionnel (48) : si une procédure est prescrite, alors comment justifier que, par le biais du précédent, le juge constitutionnel opère lui-même, en-dehors donc de cette procédure (49), révision du texte dont il a la garde ? La nomination des juges ne s'effectue-t-elle pas selon des formes moins contraignantes que celles requises pour la révision constitutionnelle (50) ? Au moins la seconde réserve qui est formulée à l'encontre de l'argument du juge Brandeis nous fait-elle percevoir la nécessité de raffiner l'analyse qu'elle contient du régime de la séparation des pouvoirs et des rapports de ce régime à la technique du précédent.

---

(46) M. Sandel, Moral Argument and Liberal Toleration : Abortion and Homosexuality, 77 Calif. L. Rev. 521, 538 (1989). Cité : Note, Constitutional Stare Decisis, op. cit., p. 1361, n. 110.

(47) Rappelons, pour situer l'argument, que l'article V de la Constitution américaine de 1787 prévoit la possibilité d'amendements au texte constitutionnel par l'assemblée d'une convention constitutionnelle à l'échelle fédérale (dont les décisions doivent alors être ratifiées par les trois quarts des législatures des Etats de l'Union) ; ou par le vote de pareil amendement par les trois quarts au moins des conventions réunies à cet effet dans chacun des Etats.

(48) Tribe, A Constitution We Are Amending ; In Defense of a Restrained Judicial Role, 97 Harv. L. Rev. 433, 442 (1983) ; Ackerman, Transformative Appointments, 101 Harv. L. Rev. 1164, 1171 (1988).

(49) Cf. par exemple l'arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, Cour eur. D.H., Série A, n° 161, § 103. Le Protocole n° 6 additionnel à la Convention interdisant aux Etats l'ayant ratifié de pratiquer la peine de mort en temps de paix, la Cour constaté que les Etats parties ont voulu adopter une "méthode normale" d'amendement de l'article 2 §1 de la Convention - qui autorise la peine de mort "en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi". Cela suppose que la méthode "anormale" soit celle qui se dégage de l'évolution convergente des politiques pénales dans les différents Etats membres, évolution que la Cour considère constitutive d'une obligation à laquelle ils se soumettent volontairement : en l'espèce, la Cour a laissé entendre que la peine capitale pourrait constituer une peine inhumaine et dégradante prohibée par l'article 3 de la Convention.

(50) Voy., pour la Cour de Justice des Communautés européennes, l'article 167 du Traité de Rome ; pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 39 de la Convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales. Par rapport aux articles sus-mentionnés prévoyant la possibilité d'une révision constitutionnelle (s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, conformément aux regles de droit commun composant le régime des traités de droit des gens), ces articles dispensent de la nécessité d'une ratification par les procédures constitutionnelles internes des Etats membres de la CEE ou des Hautes Parties contractantes à la Convention européenne de sauvegarde.

D'autant que, ainsi que nous l'avions annoncé, l'argument de la révision de nature constitutionnelle et de sa relation au précédent connaît une autre face, qui n'est pas seulement une réserve de plus à l'opinion Brandeis mais prend cette opinion à contre-pied. La même considération de départ -savoir : la difficulté, sinon l'impossibilité de censurer le juge europeen là où sa fonction est de nature constitutionnelle- ne devrait-elle pas logiquement conduire à plaider en faveur d'un rôle plus *restreint* du juge individuel ? Et une façon d'enfermer celui-ci n'est-elle pas précisément l'obligation qui lui est faite de *respecter sa jurisprudence passée* (51) ? Il y a lieu de douter que la légitimité de l'entreprise de justice constitutionnelle en droit européen souffrirait de pareil enfermement, même si elle revient -on n'a cessé de le répéter- à conférer davantage de pouvoir au juge premier : sauf dans des cas exceptionnels en effet, l'obligation faite au juge second de s'en remettre à la sagesse de la solution passée n'apparaîtra pas comme constituant ratification pure et simple du pouvoir du juge premier de statuer par voie générale et abstraite. En effet, ou bien le texte à interpréter est clair, et alors de suivre le précédent n'est rien d'autre que de suivre ce texte clair ; ou bien au contraire le texte est obscur, et alors le précédent guide simplement l'oeuvre interprétative du juge second sans que la solution qu'il lui suggère puisse être considérée antinomique avec la lettre du prescrit interprété (52). Dans aucune des deux hypothèses, la reproduction du précédent ne pourra-t-elle être perçue comme opérant privilège du passé sur une solution juridique que la lettre du texte constitutionnel dicterait de façon évidente.

5 - Le précédent comme tradition. Il est remarquable, et symptomatique, qu'aucun des arguments jusqu'à présent passés en revue ne considère la tradition, dont le précédent n'est qu'une figure, comme méritant qu'on la respecte en tant que telle, comme valeur en soi, indépendante d'arguments utilitaristes ou d'équité. A ce titre, il n'est pas exagéré de considérer les quatre arguments évoqués ci-dessus -égalité, attentes légitimes, efficacité de la justice, imagerie de celle-ci- comme profondément métaphysiques : ils s'interrogent sur la possibilité de plaider en faveur du précédent dans le raisonnement constitutionnel à partir d'un point de vue historiquement désincarné, c'est-à-dire atemporel. C'est en effet seulement en postulant notre capacité à nous abstraire du présent que nous pouvons évoquer le contenu des exigences procédurales d'égalité et de respect des attentes légitimes (dans la perspective de l'équité), ou que nous pouvons porter un jugement sur le bien-être de la communauté dans le long terme (dans la perspective utilitariste qui est celle des deux derniers arguments) : les impératifs de la justice procédurale, l'attention portée au bien-être de long terme de la communauté, ne sont-elles pas en effet des notions intertemporelles ?

Il a été écrit que cette commune prétention des perspectives utilitariste et de justice procédurale, qui consiste à vouloir s'extirper du présent pour produire un discours à validité universelle, excluait par avance toute pensée du précédent (53) : comment, en effet, défendre le respect du passé en tant que passé -du passé comme *fin en soi*- si l'on se condamne à élaborer cette défense en fonction d'impératifs autres -le passé étant alors réduit à l'état de simple *moyen* au service de ces impératifs, qu'il s'agisse du bien-être de la communauté ou du traitement équitable des individus qui la composent ?

Evidemment, l'objection est de poids. L'ennui est que la solution proposée, consistant en une substitution du traditionalisme au modernisme caractéristique tout

(51) Moore, Precedent, Induction, and Ethical generalization, in : L. Goldstein (ed.), Precedent in Law, op. cit., p. 187.
(52) Note, Constitutional Stare Decisis, op. cit., p. 1353.
(53) Kronman, Precedent and Tradition, 99 Yale L. J. 1029 (1990).

à la fois de l'argumentation utilitariste et de l'argumentation d'équité, risque de manquer sa cible. Que le besoin de justifier le précédent par autre chose que lui-même -c'est-à-dire, au fond, de le justifier tout court- soit la trace du "désenchantement" que le rationalisme a engendré dans nos sociétés modernes, voilà qui est difficilement niable ; que la tradition ne trouve dans la philosophie contemporaine du droit d'écho qu'auprès de l'école communautarienne (54), voilà également qui est incontestable -mais n'y a-t-il pas quelque chose de profondément *utopien,* voire, au sens le plus littéral du terme, de *déplacé,* à vouloir, *ici et maintenant,* plaider en faveur du précédent au départ d'une position qui prétende s'extirper de la toile qui tisse autour de nous le rationalisme moderne ? La façon dont procède Anthony Kronman pour nous convaincre des vertus du traditionalisme est symptomatique de l'impossibilité de la tâche qu'il s'impose. L'auteur part d'un texte de Edmund Burke (55) pour affirmer que le propre d'une communauté de culture -par contraste à une communauté purement biologique comme celle des mouches : c'est la comparaison choisie- est de pouvoir lier par ses actes les générations futures, par la création d'un monde artificiel qui se transmet en accumulant ses produits mais qui peut également être détruit dans ce qu'il a de spécifique. Il serait donc de notre devoir de refuser absolument d'être des révolutionnaires -comme les mouches, les révolutionnaires vivent dans le seul présent et dilapident l'héritage de culture qui leur est légué-, et de respecter le passé en tant que legs culturel unique et fragile : "Nous devons respect au passé non pas parce que ce respect est le moyen d'augmenter notre bien-être ou parce que notre règle d'égalité l'exigerait. Nous devons respect au passé parce que le monde de culture que nous héritons de lui nous fait être ce que nous sommes. Le passé n'est pas quelque chose que nous, êtres humains, choisissons pour une quelconque raison de respecter ; plutôt, c'est ce respect qui établit notre humanité en premier lieu" (56). Le respect du passé nous ferait appartenir de ce monde de culture qui, seul, nous distinguerait des autres animaux de la terre, ou du monde de la pensée simplement présente, qui prétend pouvoir se passer de la prise en considération de sa situation historique : ce respect du passé est donc condition de notre survie comme communauté de culture.

Face au raisonnement de Kronman, l'on ne saurait se contenter d'avancer l'objection, classique en rhétorique, de la rétorsion. Car, s'il est vrai que l'auteur *argumente* au sein même d'un plaidoyer *contre l'argumentation,* s'il est probable qu'il s'appuie sur un argument de type utilitariste au moment précis où il rejette la modernité qu'incarne l'utilitarisme (57), il reste qu'on voit mal en quoi il faudrait lui faire interdiction absolue de combattre le mal par le mal, et la raison moderne par ses excès. A ceux qui voudraient le lui reprocher, Kronman pourrait toujours, paraphrasant Rousseau, proposer cette question en dernière réponse : "si quelqu'un venait pour me tuer et que j'eusse le bonheur de me saisir de son arme, me serait-il

(54) Cf. A. McIntyre, After Virtue (Notre Dame, Univ. of Notre Dame Press,1981) ; A. McIntyre, Whose Justice ? Which Rationality ? (Notre Dame, Univ. of Notre Dame Press 1988).
(55) E. Burke, Reflections on the Revolution in France (1790) (Indianapolis, Hackett 1987).
(56) Kronman, Precedent and Tradition, op. cit. p.1066 (notre traduction).
(57) Pourquoi donc faudrait-il que nous préservions ce monde de la culture, qui nous fait être ce que nous sommes et dont la survie dépend de notre déférence au passé ? L'auteur, qui aurait été mieux inspiré de faire là-dessus silence, nous dit que telle est la condition de la conservation par les générations futures de ce que nous leur léguons : "If we have any grounds for believing that the future will honor what we do, it can therefore only be the uncompelled honor we show the past" (Kronman, Precedent and Tradition, op. cit., n. p. 1068). Ou bien la formule est purement tautologique (il faut respecter le passé parce que telle est la condition de notre respect pour le passé), ou bien elle est utilitariste (il faut respecter le passé parce que le présent d'aujourd'hui -notre présent- sera le passé de demain) : cette seconde lecture est paradoxale s'agissant d'un texte qui se donne pour ambition de proposer une alternative, qualifiée de "traditionnaliste", à l'utilitarisme rationaliste.

défendu, avant que de la jeter, de m'en servir pour le chasser de chez moi ?" (58)... Combattre le rationalisme par la raison, afin de s'en débarrasser une fois pour toutes : voilà quel pourrait être le programme informulé -derrière la défense communautarienne du précédent telle que la construit Kronman.

Pareille défense nous paraît donc *a priori* plausible, en tout cas dans le cadre d'un débat de type normatif qui se préoccuperait de fonder le précédent sans référence à notre pratique quotidienne (59). Si elle est cependant laissée ici de côté, c'est parce que, précisément, notre but est d'examiner la pertinence d'un recours au précédent au regard de ce qui structure notre discours juridique, par rapport aux présupposés qui sont les siens, au sein de la perspective métaphysique qui le constitue. Nous aurions pu nous poser la question : le précédent peut-il se justifier ?, et conclure avec Kronman que oui, en tout cas si l'on accepte de sortir de notre métaphysique de la présence, et si l'on accepte de considérer l'impossibilité dans laquelle nous nous trouvons de fonder à partir de nous-mêmes une construction -rationnelle de part en part- qui soutiendrait l'usage du précédent en justice constitutionnelle. Mais notre interrogation présente est autre : le précédent est-il justifié, comme espèce particulière du genre juridique qui prétend l'englober ? Est-il susceptible d'intégration dans le vocabulaire juridique qui nous entoure ?... Dans ce paysage, où nous nous situons délibérément pour l'instant tout en sachant qu'il n'est pas le seul possible, l'argument traditionaliste ne trouve pas sa place. Et l'on reste, alors, avec les quatre arguments classiques avancés à l'appui du précédent : arguments d'*équité*, dans l'invocation de l'égalité et des attentes légitimes, et arguments d'*utilité*, dans celle de l'efficacité et de l'imagerie de la justice européenne.

Conclusion. Or, de ces arguments classiques, le parcours qui vient d'être effectué ne manque pas d'être éloquent. Le principe d'égalité ne convainc pas : au mieux, il est naïf ; au pire, il masque des intérêts proprement politiques. Celui de respect des *attentes légitimes* échoue sur les mêmes écueils indépendamment même de l'aveuglement dont il témoigne à l'égard des solutions pragmatiques développées par le juge européen pour concilier sécurité juridique et correction de la décision rendue. L'argument utilitariste mettant l'accent sur *l'économie* que peut représenter le recours au précédent n'est pas seulement, factuellement, faux ; il est aussi impossible à légitimer autrement que par une pétition de principe selon laquelle le progrès évolutionniste vers le juste serait linéaire et ininterrompu. Enfin, l'argument institutionnel tiré du principe de la séparation des pouvoirs -auquel se ramène l'argument que nous avons décrit comme fondé sur *l'imagerie* du juge-, suivant l'angle par lequel on décide de l'approcher, peut conduire à deux conclusions radicalement opposées et montrer, soit l'incompatibilité entre le recours au précédent et la séparation des pouvoirs, soit au contraire leur complémentarité fondamentale : il est donc indéterminé, et, à ce titre, ne saurait nous convaincre d'opter en un sens ou dans l'autre sans que cette option constitue parti pris.

Plus intéressante que le *fait* de cette impossibilité dans laquelle se trouve placée la doctrine traditionnelle lorsqu'elle tente de justifier le recours au précédent

(58) J.-J. Rousseau, Oeuvres complètes (Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1959-1969), III, p. 39. Rousseau avance cette méraphore en réplique à ses adversaires qui lui reprochent d'utiliser avec maîtrise toutes les ficelles du discours tandis qu'il condamne l'emprise des arts et des sciences sur la vie sociale.

(59) Autre est la question de savoir si elle est non seulement plausible, mais également désirable. Sur ce point, nous aurions bien des réserves à formuler. Notamment : comment maintenir la possibilité d'une critique de l'utilisation qui est faite du précédent dans ce contexte ? Et tout revirement de jurisprudence par rapport au précédent existant n'est-il pas, au même titre que son respect, une fason de maintenir vivante la culture qui "nous fait être ce que nous sommes" ? Cf. R. Bernstein, "One Step Forward, Two Steps Backward : Richard Rorty on Liberal Democracy and Philosophy", Political Theory 15 (November 1987), pp. 538-563.

nous paraît être la *source* de cette impossibilité. D'où vient que le précédent, dans le vocabulaire justificatoire qui est le nôtre, soit aussi radicalement injustifiable ? Une reprise des arguments classiquement avancés en sa faveur autorise leur répartition en deux catégories distinctes. Les deux premiers -justification du recours au précédent dans le raisonnement constitutionnel par les principes d'égalité entre justiciables et de respect des attentes légitimes développées par eux- reviennent à accorder une primauté à la notion *d'équité*, ou de justice procédurale, sur la notion concurrente de justice substantielle : tandis que l'équité commande de traiter de manière identique des situations similaires ou de respecter les expectations légitimes des parties à un litige, le justice substantielle commande de faire choix de la solution juridiquement la plus correcte, ou la plus "juste", dans l'espèce particulière dont le juge a à connaître. Les deux derniers arguments quant à eux, sont de type *utilitariste*, soit qu'ils mettent l'accent sur l'économie des ressources judiciaires que permet le recours au précédent, soit qu'ils insistent sur l'imagerie de la justice constitutionnelle comme neutre que ce recours autorise (60).

Classifier ainsi les arguments classiques en faveur du précédent, c'est, pour nous, l'occasion de mieux percevoir pourquoi son caractère injustifiable est aussi essentiel à lui. Comme les arguments d'équité en effet, qui fondent le précédent sur le respect des droits des parties au litige, les arguments utilitaristes, qui veulent bâtir une théorie du précédent en prenant appui sur le bénéfice qui peut en découler pour l'ensemble de la communauté, sacrifient le juste substantiel au respect de la décision passée. Eux aussi privilégient un pôle sur l'autre : l'utile est préféré au juste, comme l'équitable dans les deux premiers arguments passés en revue. Si le précédent est injustifiable, c'est donc que ni l'équitable (le juste procédural), ni l'utile (le juste utilitarien) ne suffisent à fonder adéquatement la décision judiciaire. Cette décision, si elle ne veut pas se muer en une mécanique reproduction d'une solution passée -cette reproduction respectant les exigences de l'égalité entre justiciables, ne bouleversant pas leurs attentes légitimes, constituant un mode économique d'exercer la justice, perpétuant enfin le mythe de la neutralité de la justice constitutionnelle-, doit *aussi* s'inscrire vis-à-vis d'une autre dimension, et se situer par rapport à un pôle opposé : celui de la justice substantielle. Entre les deux pôles ici en concurrence, la décision judiciaire ne peut opérer de choix radical : elle est obligée de les penser ensemble, et de les combiner dans les raisonnements qui la motivent.

II - IDENTITÉ DU PRÉCÉDENT CONSTITUTIONNEL

Que le précédent soit injustifiable, cela ne doit pas nous effrayer. Injustifiables sont en général les choses, et cela ne les empêche pas d'être. Comme nous le rappelle le vers de Silésius : "La rose est sans pourquoi, elle fleurit parce qu'elle fleurit. Elle n'a souci d'elle-même et ne désire être vue" (61)... Ainsi du précédent : sans raison, il structure notre raisonnement constitutionnel, impose des bornes à notre imagination argumentative, établit une frontière entre l'irrationnel et le rationnel en droit. Mais comment opère-t-il cette structuration ? En quoi précisément constitue-t-il une limite ? Sans doute est-il tentant d'évoquer deux

(60) Tiré du principe de la séparation des pouvoirs, le dernier argument peut être reformulé de façon moins cynique : l'on dira alors que le précédent non seulement préserve le mythe d'une justice constitutionnelle neutre aux yeux de ses destinataires, mais aussi qu'il contraint le juge à s'autolimiter par le respect du précédent établi, ce qui serait bénéfique dans un système de séparation des pouvoirs. Le dernier argument tombe alors dans la permière catégorie : il privilégie l'équité, ou la justice procédurale -dont le principe selon lequel le juge doit dire le droit et non le faire ne serait qu'une des figures- sur une notion plus substantielle de justice -imposant le choix de la solution la plus correcte dans le litige particulier-.

(61) Heidegger, Le principe de raison (Paris, Gallimard, coll. Tel).

notions polaires de la technique du précédent en droit constitutionnel, dont le double rejet nous autoriserait à la penser plus adéquatement.

1 - Il va de soi qu'une notion de précédent que l'on peut qualifier de "naturelle" échoue à expliquer la force contraignante de la décision passée sur la décision présente, et donc à valider le soutien puisé dans la jurisprudence antérieure au raisonnement juridique. Selon le modèle naturel du précédent (62), il n'est déféré à la décision du juge premier, et cette décision ne reçoit statut d'argument juridique, que *dans la mesure où le juge second estime ce précédent correctement décidé* (63) : il n'a donc d'autre force contraignante que persuasive, et le juge second ne se trouve aucunement placé dans l'obligation formelle de le suivre ; s'il le fait, c'est uniquement parce que le raisonnement juridique du juge premier a ses mérites propres, et indépendants de leur statut de précédent.

Ce modèle naturel du précédent correspond à la règle de la séparation des pouvoirs qui, dans sa formulation la plus rigide, a pour effet d'interdire au juge premier de formuler des règles générales et abstraites (64). Mais, par cela qu'il préserve la liberté complète du juge second de prendre en compte ou non la manière dont la cause antérieure a été décidée, il n'autorise pas le déploiement d'une argumentation juridique qui s'appuierait sur ce passé judiciaire. La décision invoquée comme précédent par un plaideur est-elle correcte juridiquement, justifiable moralement, ou opportune ? Elle est alors reproduite par le juge second qui lui reconnaît ces qualités, mais une décision en ce sens se serait de toute manière imposée d'elle-même. Est-elle incorrecte au contraire, ou immorale, voire indésirable ? Elle sera abandonnée au profit d'une autre solution qui se trouve mieux réunir ces qualités (65). Dans les deux hypothèses, le statut de précédent ne confère pas à l'argument juridique une force particulière, indépendante des autres qualités qu'il peut rassembler : le précédent *en tant que tel* reste inexpliqué et incompréhensible.

2 - L'autre modèle, également extrême, est celui du précédent comme *règle de droit posée par le juge premier et s'imposant au juge second sans possibilité de remise en cause* (66). Confronté à un précédent, le juge second n'a qu'une alternative, entre les deux branches de laquelle il lui faut choisir : ou bien il applique la règle de droit constituée par l'espèce décidée antérieurement (67), ou bien il ne peut s'y

(62) Voy. L. Alexander, Constrained by Precedent, op. cit., pp. 3 ss.
(63) Ce modèle est qualifié par Ronald Dworkin de "relaxed doctrine of precedent" : "The relaxed doctrine of precedent (...) demands only that a judge gives some weight to past decisions on the same issue, that he must follow these unless he thinks them sufficiently wrong to outweigh the initial presumption in their favornv (R. Dworkin, Law's Empire, op.vcit., p. 25). Il a la préférence de Thomas Hobbes (voy. supra), et est également approuvé par le réaliste américian Oliver Wendell Holmes, pour qui une "politique rationnelle" ("rational policy"), consistant en une "étude des fins recherchées <par la loi> et des raisons pour lesquelles ces fins sont désirables" (O.W. Holmes, The Path of Law, in : Collected Legal Papers (1920), p. 192) ; devrait se substituer au respect de la tradition inhérente à la doctrine du précédent.
(64) Sur cet aspect de la discussion du précédent, voy. supra.
(65) Evidemment, la solution la meilleure le sera aussi parce que constituant reproduction de la solution passée et respectant en apparence le principe de non-discrimination. Il y a donc quelque chose de très abstrait à mettre ainsi en exergue ces deux cas de figure, dont l'interdépendance ne saurait être niée. Mais la question de cette interdépendance est très exactement celle de l'importation du précédent dans le raisonnement juridique, dont la possibilité constitue l'objet de cette étude. Si l'on objecte sur cette base à la mise en évidence de ces deux hypothèses, c'est donc au nom de quelque chose -qu'on appelle précédent- qu'il s'agit de fonder.
(66) Voy. L. Alexander, Constrained by Precedent, op. cit., pp. 17 ss.
(67) On n'examine pas ici les questions qui concernent la formulation de cette règle par le juge premier et sa découverte par le juge second. Supposons pour l'instant résolues ces questions, et concentrons-nous sur ce que cela pourrait signifer au plan de l'acte de juger.

résoudre et, par sa décision, lui substitue une autre règle de droit (68). Mais, dans un système juridique faisant droit à un modèle du précédent comme règle de droit, il ne s'agit pas là d'un choix inconséquent, qui laisserait subsister le précédent antérieur quelle que soit la décision judiciaire présente qui l'applique ou, au contraire, l'abolit : puisque le juge est ici placé dans l'obligation de suivre la règle posée, le précédent qui n'est pas respecté disparaît comme précédent, et ne recevra ce statut que la règle nouvelle qui se substitue à elle.

Par rapport au modèle naturel du précédent -qui, lui, ne reconnaissait à la décision judiciaire antérieure aucune force obligatoire, laissant au juge individuel la liberté de décider au cas par cas si de lui donner pareil poids est ou non opportun-, le modèle du précédent comme règle de droit est un opposé : il n'en échoue pas moins lui aussi, en ce qu'il place le théoricien du droit qui veut s'appuyer sur lui devant un dilemme dont aucune des branches n'apparaît satisfaisante. En effet, que peut signifier cette obligation que l'on prétend faite au juge second de se ranger à la règle de droit contenue dans le précédent, que l'on postule ici décelable et certaine ? Ou bien cette obligation est *absolue*, et alors du juge premier l'on a fait un législateur -ce qu'assurément même une conception très assouplie de la séparation des pouvoirs ne saurait tolérer ; ou bien au contraire elle est *modalisée*, et une typologie est élaborée qui reprend les cas où le juge échappe à cette obligation de suivre la règle posée et se voit accorder le droit de formuler à son tour une règle meilleure (69) -typologie qui sera ou bien excessivement vague et donc non fonctionnelle (70), ou bien suffisamment détaillée mais alors sujette à controverses qui seront d'autant plus vives que son élaboration est précise. En d'autres mots : le modèle du précédent comme règle de droit obligatoire, s'il ne veut pas tomber dans une description de l'oeuvre du juge -le juge comme chargé de la formulation de règles générales et abstraites s'imposant à ses successeurs- qui soit en même temps factuellement fausse et normativement injustifiable, est obligé de se transformer en un modèle de compromis, mais qui doit alors puiser ailleurs que dans la force du précédent comme telle les justifications nécessaires à expliquer les formes de ce compromis. C'est donc en tant seulement qu'il abandonne sa position la plus extrême que le modèle du précédent comme règle de droit nous est utile, mais cela nous oblige à une recherche supplémentaire : quel *moyen terme* est envisageable entre le précédent naturel et le précédent comme règle de droit ? Pourquoi ? Et pareil moyen terme est-il possible ?

---

(68) Le modèle extrême du précédent comme règle de droit suppose que toute réinterprétation du précédent antérieurement formulé constitue renversement de cette règle et non simplement adaptation d'elle. En effet, il est ici postulé que le précédent consite en une règle précise et obligatoire, et place le juge devant le choix binaire de se soumettre ou de se muer en législateur à son tour. La définition qu'en donne Dworkin est la suivante : "The strict doctrine obliges judges to follow the earlier decisions of certain other courts (...) even if they believe those decisions to have been wrong" (R. Dworkin, Law's Empire, op. cit., pp. 24-25).

(69) En cas, par exemple, d'injustice flagrante, de changement dramatique de circonstances, d'hypothèse radicalement nouvelle... Aucun doute : l'écriture d'une telle typologie pose des difficultés énormes, et l'on ne se risque pas ici à en fournir un exemple, ni à tenter de les surmonter. Pour une pareille typologie, un pareil "traité de l'art de renverser une jurisprudence", voy. Israël, Gideon v. Wainwright : The "Art" of Overruling, 1963 Supreme Court Rev. 211, qui distingue trois cas où un renversement est permissible : lorsque les précédents existants se trouvent en contradiction et ne peuvent être réconciliés ; lorsque les circonstances ont évolué depuis la première formulation du précédent ; enfin, lorsque l'expérience a permis de mettre en lumière l'inadéquation de la règle de droit posée par le juge premier. Mais notre conviction est que, sur cette "typologie des revirements", tout ne saurait être dit : il restera toujours quelque chose à ajouter. S'agissant de la tentative d'Israël, un précédent que le juge ne pourrait renverser devrait présenter trois qualités simultanées : de ne pas être contredit par une règle concurrente ; de n'avoir pas vu évoluer les circonstances depuis le moment de sa première énonciation (!) ; enfin, d'être "adapté" - mais à quelle fin ?

(70) Plus exactement : ne fournissant pas de critères précis permettant au juge second de s'orienter dans le choix binaire que nos avons évoqué, et donc faisant tomber le modèle du précédent comme règle de droit dans le modèle qualifié plus haut de "naturel".

Entre le modèle naturel du précédent et sa description, antinomique, comme règle de droit, il existe une opposition radicale qui tient à ce que chacun des pôles ainsi définis privilégient les exigences contradictoires de justice substantielle, d'une part, d'équité (ou de justice procédurale) et d'utilité, de l'autre. C'est, en effet, *au nom de la justice* qu'un juge, inséré dans un modèle naturel du précédent, peut à loisir écarter une argumentation fondée sur le précédent afin d'opter en faveur d'une solution qu'il estimerait plus correcte *in specie ;* et c'est au nom *de l'équité* -consistant ici dans le respect du principe de non-discrimination et celui des attentes légitimes des parties- ou *de l'utilité* qu'un juge inséré dans le modèle du précédent comme règle de droit obligatoire sacrifiera le présent à la perpétuation du passé. La théorie du droit doit penser le précédent comme se meuvant entre ces deux pôles. C'est aussi ce que montre la façon dont le droit communautaire, que nous choisissons ici pour son caractère exemplaire, aborde la question de la force obligatoire du précédent constitutionnel.

Bien entendu, l'on ne saurait nier que les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont, au moins *pour le juge national chargé de l'application du droit communautaire,* une certaine force précédentielle : l'on ne voit pas, sinon, comment expliquer que la finalité du mécanisme de renvoi préjudiciel organisé par l'article 177 du Traité de Rome soit d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire (71), ni surtout ce que pourrait vouloir dire dans le contexte de ce mécanisme la dispense faite au juge national de renvoyer lorsque la question d'interprétation a déjà été tranchée par la Cour (72). L'"European Communities Act 1972" portant adhésion de la Grande-Bretagne aux Communautés européennes reconnaît d'ailleurs en termes explicites que "toute question relative au sens ou à la portée de l'un des Traités, ou relative à la validité, le sens ou la portée de tout acte communautaire, devra (...) si elle n'est pas déférée à la Cour de justice des Communautés européennes, être tranchée (...) conformément aux principes définis par la Cour de justice (...) et conformément à ses décisions pertinentes" (73).

Mais qu'en est-il de la force obligatoire des précédents de la Cour de Luxembourg, non pas pour les juridictions nationales appliquant le droit communautaire, mais *pour cette Cour elle-même ?* Faut-il considérer que la ratio decidendi des arrêts rendus par elle ne la lierait pas au même titre que ces juridictions nationales (74) ? En réalité, et outre les arguments de texte qui peuvent faire pencher en faveur de la reconnaissance d'une théorie du précédent au sein de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (75), force nous paraît être de constater l'usage fréquent, presque obsessionnel qui est fait de ses décisions

(71) R. Trabucchi, "L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés européennes", Rev. trim. de droit européen (1974), p. 56.

(72) C.J.C.E., arrêt du 27 mars 1963, Da Costa et al. c. Admin. fiscale néerlandaise, aff. jointes 28 à 30/62, Rec.(1963), p. 9. L'argument est cependant moins décisif si l'on se rappelle que, si la juridiction nationale décidait malgré tout d'opérer renvoi, l'existence d'une décision antérieure de la Cour ne constituerait pas une exception pouvant justifier le rejet d'une nouvelle demande (C.J.C.E., arrêt du 3 avril 1968, Molkerei-Zentrale c. Hauptzollamt Paderborn, 28/67, Rec. (1968), p. 211).

(73) Section 3(1), citée par l'avocat-général Warner, dans ses conclusions en l'affaire Manzoni (C.J.C.E., Renato Manzoni c. Fonds national de retraite des ouvriers mineurs, 13 octobre 1977, 112/746, Rec. (1977), pp. 1647 ss., ici p. 1663.

(74) Telle est l'opinion de l'avocat-général Warner, pour qui la doctrine du stare decisis, "évidemment flexible par nature", "signifie que toutes juridictions de l'ensemble de la Communauté, *à l'exception de la Cour elle-même,* sont liées par la ratio decidendi d'un arrêt rendu par la Cour. (Nous parlons du ratio decidendi d'un tel arrêt plutôt que de son dispositif parce qu'il y a lieu de tenir compte des cas auxquels la décision énoncée dans le dispositif s'applique à première vue mais qui, en réalité, peuvent être distingués des cas dans lesquels cette décision a été rendue)" (id., p. 1647).

(75) Voy. notamment l'article 20 al. 2 du Protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté Economique Européenne, signé à Bruxelles le 17 avril 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957 (M.B., 25 déc.), qui prévoit la possibilité pour les Etats membres de présenter leurs observations dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, ce qui ne s'explique que par une certaine doctrine de stare decisis.

antérieures dans les procédures engagées devant le juge européen. Adversaire du précédent constitutionnel, l'avocat-général Warner lui-même met un soin particulier à situer son argumentation par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour de justice (76), même si -dans un mouvement récurrent de l'argumentation constitutionnelle- il défend simultanément le recours au précédent et son contraire (77). La Cour elle-même cite ses propres décisions dans pratiquement chacun des attendus de ses arrêts. Mais en leur reconnaissant quelle force normative ? C'est dans l'arrêt HAG II (78) que la doctrine du précédent en droit communautaire a reçu sa mention la plus récente.

Dans l'affaire HAG II, la Cour, saisie d'une question préjudicielle du *Bundesgerichtshof* allemand, s'interrogeait sur la question de savoir si une législation nationale interdisant la commercialisation, dans un État membre, d'une marque de produit étranger, "au seul motif qu'une marque identique, ayant la même origine, existe dans le premier État", était ou non incompatible avec les dispositions du Traité de Rome relative à la libre circulation des biens. En 1974, la Cour avait répondu à cette question par l'affirmative (79) : seize ans plus tard, elle décide que "l'interprétation retenue dans cet arrêt, à la lumière de la jurisprudence qui s'est établie progressivement dans le domaine des rapports entre la propriété commerciale et les règles générales du Traité, notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises", est à reconsidérer. Plus exactement : la déclaration de principe qui s'y trouvait doit être relue, et sa portée restreinte, à la lumière d'une suite de décisions de la Cour de justice distinguant entre les hypothèses où le fractionnement d'une marque s'est effectué avec le consentement des parties, et celles où le fractionnement n'est pas imputable à un des titulaires de la marque, par exemple -mais non exclusivement- lorsqu'elle résulte d'une mesure de contrainte publique. D'effectuer cette distinction revient pour la Cour à abandonner la théorie dite de l'"identé d'origine" adoptée dans HAG I, théorie selon laquelle, "lorsque des marques similaires ou identiques ayant la même origine ont des titulaires différents dans différents États membres, le titulaire de l'une des marques ne saurait l'invoquer pour s'opposer à l'importation de marchandises écoulées licitement sous l'autre marque par son titulaire dans un autre État membre" (80). Que la solution opère donc revirement ne dissuade pas la Cour de l'adopter ; en l'espèce HAG II, c'est suite à une expropriation que le fractionnement de la marque a eu lieu et, dans ces circonstances, les articles 30 et 36 du Traité de Rome ne feraient pas obstacle à l'existence d'une

(76) Il conclut même : "En tout état de cause, il nous semble qu'aucune des thèses soutenues dans l'une de ces affaires (qu'il vient de discuter) n'est de nature à vous convaincre, Messieurs, de vous écarter de notre jurisprudence antérieure" (Id., p. 1666) : l'essence du précédent se trouve là résumée, qui consiste à reconnaître à la décision passée une autorité propre, en tant que décision passée et indépendamment des vertus intrinsèques qu'elle peut présenter. Plus loin encore, l'avocat-général s'attache à démontrer que l'hypothèse Manzoni diffère de deux hypothèses précédentes dont l'autorité a été invoquée par la Commission (pp. 1667-1668), recourant par là à la technique des distinctions centrale à un ordre juridique qui recourt au précédent dans ses processus argumentatifs. En une cause antérieure, le même avocat-général avait d'ailleurs fourni cette justification au précédent, qui est celle de la sécurité juridique : "Nous savons, bien sûr, que la Cour n'est pas strictement liée par ses propres décisions. Mais il est rare qu'elle s'en écarte et c'est à notre avis, une attitude sage car la certitude dans le droit revêt une grande importance" (C.J.C.E., arrêt du 3 février 1977, Jozef Strehl c. National Pensioenfonds voor Mijnwerkers, 62/76, Rec. (1977), pp. 211 ss., ici pp. 219-220). Quelle est donc cette règle qu'on affirme non obligatoire, mais dont on justifie dans le même souffle le caractère contraignant ?

(77) Dans l'arrêt Strehl -le dernier cité-, M. Warner ajoute : "Au reste, nous estimons que l'arrêt rendu dans l'affaire Petroni était bien fondé"(p. 220). Qu'en aurait-il été si tel n'était pas le cas ? C'est ce "au reste" dont il faut montrer ici l'illogisme, et tirer les conséquences.

(78) C.J.C.E., arrêt du 17 octobre 1990, S.A. CNL-SUCAL N.V. c. HAG GF AG, C-10/89.

(79) C.J.C.E., arrêt du 3 juillet 1974, Van Zuylen c. HAG, 193/73, Rec. (1973), p. 731.

(80) Voy. les conclusions de l'avocat-général M.F.G. Jacobs, présentées à l'audience de la Cour de justice du 13 mars 1990, § 6 7 et 13.

législation nationale autorisant le titulaire d'un droit de marque à s'opposer à l'importation de produits similaires revêtus d'une marque identique.

A première lecture, HAG II paraît exemplifier clairement le modèle naturel du précédent : c'est en suivant les conclusions de l'avocat-général Jacobs -qui, pour conseiller à la Cour de s'écarter de la théorie de l'identité d'origine adoptée en HAG I, se contente de démontrer qu'elle "présente fort peu de liens légitimes avec le droit communautaire" (81)- que la Cour décide d'opérer revirement de jurisprudence. On reçoit donc l'impression que le juge second n'est en rien tenu de suivre l'arrêt antérieur, et que celui-ci est donc purement indicatif : serait-il erroné, il ne tiendrait qu'au juge second de lui substituer une solution plus adéquate... Une lecture plus approfondie nous oblige pourtant à raffiner l'analyse. Elle montre, en effet, quatre choses, qui sont autant de traces d'un modèle du précédent comme *règle de droit* au sein même d'un raisonnement qui ne paraît faire droit qu'au modèle *naturel* du précédent.

Un : dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs note que "(...) l'arrêt HAG I a été rendu à un moment où la jurisprudence de la Cour sur la propriété intellectuelle en était à ses débuts (...). Ce fait diminue, à lui seul, la valeur de précédent de l'arrêt HAG I" (82). La portée normative du précédent n'est donc pas niée *in abstracto* : c'est dans les seules circonstances de l'espèce qu'elle serait moindre. Deux : revenant sur l'entreprise de HAG Brême consistant à vouloir distinguer HAG II de HAG I à partir des différences factuelles entre les deux situations (83), l'avocat général se contente de remarquer : "il n'y a pas lieu d'aller plus loin dans leur examen puisque, selon notre conception, la théorie appliquée dans l'affaire HAG I doit être abandonnée" (84). Cela veut-il dire qu'un raisonnement par distinctions à partir d'un précédent existant serait a priori une forme acceptable d'argumentation ? Si oui, alors comment rendre cette acceptabilité compatible avec un modèle naturel du précédent ? Trois : l'avocat général conclut en disant que "<I> a nécessité pour la Cour, le cas échéant, de réformer expressément une de ses décisions antérieures nous paraît inévitable, même si la Cour ne l'a jamais fait explicitement auparavant" (85) - mais, ce faisant, il s'agit de ne pas répéter l'erreur de l'arrêt HAG I, "rédigé en termes beaucoup plus larges que nécessaire" (86). En quoi donc cette rédaction importerait-elle dans un système juridictionnel qui ne devrait en aucune manière déférer à une quelconque notion de précédent, c'est-à-dire fonctionner sur un modèle naturel de celui-ci ? Quatre, enfin : c'est au *nom de la force normative du précédent que la force normative du précédent est ici niée,* puisque, s'il est recommandé à la Cour de s'écarter de sa solution adoptée en HAG I, c'est notamment parce que la jurisprudence écoulée depuis a fini par rendre cette solution inacceptable. Ce dernier paradoxe, et les contradictions qui traversent tout le discours de l'avocat-général Jacobs, nous obligent à penser le modèle du précédent constitutionnel comme situé quelque part entre les deux modèles évoqués plus haut.

---

(81) L'avocat général Jacobs va entrer dans la motivation de HAG I, ainsi que dans celle de l'arrêt Terrapin qui lui fait suite (C.J.C.E., Terrapin c. Terranova, 119/75, Rec. (1976), p. 1039), pour aboutir à la conclusion que le raisonnement qui les fonde est erroné (§§21 à 26). L'avocat-général avait annoncé plus haut sa perspective : "la solution de l'affaire HAG II dépendra dans une large mesure du point de savoir si cette théorie présente ou non un lien de filiation légitime avec le droit communautaire "(§13) ; "(...) un principe de droit communautaire qui ne repose sur aucune base indiscutable dans le Traité paraît d'une ascendance quelque peu douteuse" (§15).
(82) Idem ,§27.
(83) HAG I ayant reconnue à la branche allemande de HAG un accès sous sa marque aux marchés belge et luxembourgeois, il s'agit pour elle de préserver ces droits, donc de ne pas abandonner dans sa totalité la théorie de l'identité d'origine qui les fondait (Idem, §§ 58-59).
(84) Idem, § 59 (voy. aussi § 66).
(85) Idem, § 67.
(86) Idem, § 73.

Si c'est donc un équilibre qu'il nous revient de définir, c'est que le modèle naturel du précédent efface l'équité procédurale par la justice, et que son opposé manifeste la tendance inverse. En vertu de quoi, c'est à partir de cette dichotomie entre justice et équité -dichotomie qui structure toute la réflexion sur le précédent- que la théorie du droit a été tentée de proposer une synthèse qui autoriserait à penser plus adéquatement l'usage qui est fait de la décision judiciaire passée dans le raisonnement présent. L'entreprise la plus influente dans cette direction est celle de Ronald Dworkin qui, au départ du constat que justice et équité ("fairness") sont irréductibles l'un à l'autre (87), tente de construire la définition d'une troisième valeur, indépendante de celles de justice et d'équité, et qu'il appelle "integrity" (88). Le postulat de l'"integrity" est que le droit que le juge applique comprend non seulement les règles de droit -seules admises par les positivistes purs-, mais aussi des "standards", terme générique qui comprend à la fois des "politiques" (définissant un but à atteindre par la communauté) et des "principes" (constituant "une exigence de la justice ou de l'équité ou bien une autre dimension de la morale") (89). Lorsque le juge est confronté à une lacune ou à une contradiction dans le système des règles de droit, il fera appel à ces derniers -les "principes" de justice et d'équité- pour guider sa décision (90) : l'idée d'integrity (d'unité du droit) prescrit au juge, en effet, "de lire et de comprendre les normes, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'oeuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité" (91). Dans l'hypothèse où les règles de droit ne fournissent pas de solution évidente, le juge ne tranchera donc pas de façon arbitraire, comme le prétendaient les positivistes (92), mais il dégagera de l'histoire du droit les principes qui la placent sous son meilleur jour possible, et appliquera ces principes aux faits de la cause dont il a à connaître.

Dans une métaphore célèbre, Dworkin compare le rôle du juge dans le développement du système juridique à celle d'un romancier qui travaillerait comme dernier maillon d'un roman à la chaîne (93). Selon cette métaphore, placée face à la masse de précédents existants dans le secteur particulier du droit où il fait office (94),

---

(87) En cela, Dworkin prend explicitement ses distances vis-à-vis de deux familles philosophiques : la première, représentée par exemple par un John Rawls (cf. J. Rawls, A Theory of Justice (Cambridge, Harvard Univ. Press 1971)), décrit la justice comme purement procédurale, c'est-à-dire comme le produit de procédures neutres autorisant les acteurs sociaux à interagir dans la sphère sociale ; la seconde, notamment au sein de l'école utilitariste (cf. J. Mill, "Essay on Government", in : J. Lively & J. Rees, Utilitarian Logic and Politics (London, 1978)), considère à l'inverse qu'une procédure n'est équitable que si elle permet la réalisation d'une certaine idée -substantielle- de justice, définie indépendamment d'elle. Voy. R. Dworkin, Law's Empire, op. cit., pp. 177 et 249.

(88) R. Dworkin, Law's Empire, op. cit., pp. 176-224.Voy. not. p. 183 : "Astronomers postulated Neptune before they discovered it. They knew that only another planet, whose orbit lay beyond those already recognized, could explain the behavior of the nearer planets. Our instincts about the intemal compromise suggest another political ideal standing beside justice and fairness. Integrity is our Neptune".

(89) R. Dworkin, "Le positivisme", Droit et Société I (1985), p. 36.

(90) L'idée d'"integrity", ou d'unité du droit, permet à Dworkin de faire échapper le juge au reproche de subjectivisme qui lui est fait lorsqu'il statue en l'absence de règle de droit clairement applicable : c'est sa "Right Answer Thesis", d'après laquelle tout juge fait reposer la solution de son dispositif sur les droits préexistants des parties, déduits par un raisonnement logique des principes de droit qu'il dégage.

(91) R. Dworkin, "La chaîne du droit", Droit et Société I (1985), p. 51.

(92) Voy. par ex. H.L.A. HART, Positivism and the Separation of the Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

(93) R. Dworkin, Law's Empire, op.cit., pp. 240-250.

(94) C'est le principe de la priorité locale, imposant au juge de ne pas rechercher la cohérence du système juridique complet, mais de s'en tenir au secteur, historiquement délimité, où il se meut. "La compartementalisation du droit, en tranches dont les limites doivent être respectées par tout jugement interprétatif dans ce qu'est actuellement le droit de chaque branche, constitue un complément intéressant et peut-être même nécessaire pour les juges soumis au principe d'unité en droit, dans l'établissement de leur tâche" (R. Dworkin, "La chaine du droit", op. cit., p. 62). Voy. R. Dworkin, Law's Empire, op.cit., pp. 250-254.

le juge tentera d'en dégager les principes qu'il appliquera à la cause à lui soumise, et cela en les soumettant à deux tests successifs : le test de "convenance" d'abord, qui conduit à écarter les principes ne respectant pas l'exigence d'unité, c'est-à-dire l'idée que les normes publiques d'une communauté doivent "être comprises, dans toute la mesure du possible, comme exprimant une seule et même théorie de morale politique" (95) ; le test de "moralité politique" ensuite, qui conduit le juge à retenir, parmi les différents principes encore en concurrence, celui qui lui paraît "le meilleur" du point de vue de ce qu'exigent la justice et l'équité -les deux composantes, selon Dworkin, de la moralité politique comprise au sens large. Les convictions internes du juge peuvent jouer un rôle à ce stade ultime de son ouvrage, mais elles restent, selon le postulat de l'"integrity", subordonnées à l'exigence qui lui est faite de donner de l'ensemble de l'histoire juridique qui le précède l'interprétation qui la place sous son jour le plus favorable.

Peu importe ici de décider si l'insertion qu'effectue Dworkin du juge dans la "chaîne de droit" constitue une limite acceptable au subjectivisme de la décision judiciaire, ou si elle n'est au contraire qu'un masque destiné à en voiler l'arbitraire. Seule nous intéresse la question de savoir si sa théorie du droit rend adéquatement compte du mécanisme par lequel le précédent constitutionnel peut lier : en tant qu'elle réalise, par le postulat de l'"integrity", synthèse de l'antinomie justice-équité -antinomie dont nous venons de voir qu'elle rend impossible *à partir d'elles séparément* une réflexion satisfaisante sur le précédent-, ne constitue-t-elle pas la promesse du compromis que nous recherchons ? Si la formalisation du précédent ne peut démarrer ni de la notion de justice substantielle (dont on a vu qu'elle conduit à nier, dans le modèle naturel du précédent, la force contraignante de celui-ci) ni de celle d'équité (comme justice procédurale, dont on a vu qu'elle devait nécessairement se suppléer d'autres impératifs), le précédent n'a-t-il pas tout à gagner d'être décrit par un vocabulaire nouveau qui transcende cette dichotomie ? Si le recours au précédent peut faire l'objet d'une description, alors -telle est notre l'hypothèse provisoire- cette description ne pourrait être qu'une description du *type* de celle proposée par Dworkin : elle formulerait les termes d'un compromis entre le juste et l'équitable, entre l'ambition d'une décision présentement correcte et celle d'une reproduction fidèle du passé. Or, la tentative dworkinienne nous paraît échouer radicalement, au moins si, offrant au juge de lui fournir la théorie de sa pratique, elle s'inscrit dans une perspective descriptiviste (96).

Une théorie descriptiviste du droit, et donc aussi du précédent, est en effet placée devant un trilemme : ses branches, dont aucune ne nous paraît satisfaisante, sont les suivantes. Première branche : une théorie du précédent pourrait être tentée, afin de rassembler autour d'elle un consensus suffisant, d'être suffisamment vague dans son énonciation. Si elle prétend *dire le vrai* de l'activité juridique, si donc elle a l'ambition de convaincre la communauté des juristes de son adéquation, elle se réfugiera dans une *insignifiance qui* la rende la plus acceptable possible. C'est,

(95) R. Dworkin, "La chaîne du droit", op. cit., p. 60.

(96) Ronald Dworkin lui-même est ambigu quant au statut -descriptif ou normatif- qu'il faudrait reconnaître à sa théorie. Cela, non sans raison : comme nous allons le voir, la description de la pratique juridique n'est possible qu'en étant *en même temps* mutation vers le prescriptif, la multiplicité des étants du droit ne pouvant se ranger sous une théorie de l'Etre du droit ; inversement, un discours normatif sur le droit ne peut se développer complètement sans lien avec lui, ne fût-ce que parce que toute théorie normative a l'obligation minimale de se faire comprendre de ceux qu'elle veut convertir. L'examen montre que la différence entre descriptif et normatif, en droit comme en science, est affaire de pourcentage des faits dont la théorie parvient à rendre compte dans le cadre de ses présupposés : plus grand ce pourcentage, et plus proche du pôle "description" nous nous trouvons -et réciproquement. Il reste que, du statut qu'un auteur donne à sa théorie, dépendent la forme des arguments qui lui seront opposés. De combattre Ronald Dworkin sur le terrain normatif, sans être absolument *hors de propos*, nous éloignerait donc du nôtre.

cependant, une position qu'elle ne pourra maintenir longtemps : les critiques auxquelles elle aura à répondre l'obligeront à se préciser ; si elle ne veut pas se confiner à la répétition de banalités, elle sera obligée d'entrer dans les détails de son hypothèse ; si elle veut prendre ses distances vis-à-vis des aberrations qui se donnent à voir dans la vie juridique, et donc échapper à l'accusation d'historicisme, elle devra se muer progressivement en une théorie plus raffinée, et entamer un mouvement vers le normatif. La seconde branche du trilemme se présente alors à elle : ici, la théorie du droit fournit un *instrument critique* au technicien du droit, échappe donc au piège historiciste, mais du même coup cesse d'être consensuelle pour devenir controversée, et abandonne son statut descriptif pour adopter une attitude plus prescriptive. En se détaillant, la théorie du droit qui, en tant qu'elle était vague, permettait de réaliser un accord autour d'elle dans la communauté juridique -et donc, aux yeux de celle-ci, de valoir comme description-, apparaît suite à sa mutation comme appropriée par une faction (97) : à présent elle n'est plus historiciste, mais critique de ce qui se donne à voir ; elle n'est plus consensuelle, mais controversée ; elle n'est plus descriptive, mais normative. Son but originel, qui était de fournir de la vie du droit une description adéquate, il semble qu'elle le manque. Elle est alors tentée de se tourner vers la troisième branche du trilemme constitutif de la théorie moderne du droit, consistant -car elle est exclusion simultanée des deux branches précédentes- en une description du fait juridique qui ne se mue pas en prescription, et qui par conséquent continue de faire l'objet d'un accord le plus généralisé possible. Son mouvement consiste alors en une *révision permanente d'elle-même,* par l'intégration dans son vocabulaire théorique des exceptions qui -l'évolution du droit le montre- seraient susceptibles -si, donc, elle refusait cette situation de révision perpétuelle d'elle-même- de la remettre en cause (98).

Notre objection à l'entreprise descriptiviste du droit peut être reformulée en disant que la théorie du droit qui prétendrait décrire le fait juridique -donc échapper à toute importation du normatif en son sein, c'est-à-dire à la troisième branche de son trilemme constitutif- serait condamnée soit à une superficialité aux conséquences

(97) Dans le contexte d'une théorie du précédent, cette appropriation se manifestera par le choix qui est fait entre les deux pôles opposés de justice substantielle et d'équité procédurale, c'est-à-dire dans le dosage de l'un et de l'autre au sein de la théorie proposée. C'est dire que l'ambition dworkinienne de les rendre synthétisables -comme si toute décision judiciaire devait nécessairement pouvoir s'expliquer rationnellement- n'est possible qu'au départ d'une pétition de pétition de principe : qu'il y a bien dans le droit une "integrity" qui guide le choix opéré par le juge.

(98) Ce mouvement vers la troisième branche du trilemme de la théorie du droit, on en aperçoit la trace dans l'oeuvre de Dworkin, à travers la reformulation -par atténuations successives- de l'hypothèse de l'"integrity" dans ses différents ouvrages de 1977 (Taking Rights Seriously (Cambridge, Harvard Univ. Press 1977)), 1985 (A Matter of Principle (Cambridge, Harv. Univ. Press, 1985)), et 1986 (Law's Empire (Cambridge, Harv. Univ. Press, 1986)). Cf. Stick, Literary Imperialism : Assessing the Result of Dworkins Interprétative Turn in Law's Empire, 34 U.C.L.A. L. Rev. 371 (1986). On rencontre là un phénomène classique en philosophie des sciences : toute théorie n'ayant, en tant précisément que théorie, qu'un lien indirect avec les objets du monde dont elle parle (ce lien étant en effet médiatisé par le vocabulaire qui est le sien), elle ne peut être "vraie" en tant que telle : toute mise en application de la théorie qui conduirait à l'invalidation de ce qu'elle prédit à partir de ses prémisses ne conduit pas nécessairement à l'abandonner, mais plutôt à faire place à une exception au sein de l'appareil théorique -inchangé pour l'essentiel- qui rende compte du phénomène rebelle. Le degré de révision rendu nécessaire par les tentatives de mise en application de la théorie peut varier : parfois, il se sufffra de l'introduction d'une exception supplémentaire dans le système qu'elle constitue, et parfois c'est une proposition plus centrale qui est modifiée. Chacune de ces modifications, paradoxalement, au lieu de conduire à une mise en cause de la théorie comme telle, la renforce en la représentatnt comme plus exacte. L'épistémologue Quine a qualifié de "sous-détermination" cette caractéristique de la théorie scientifique (cf. W. Quine, From a Logical Point of View (1963), pp. 13-14 ; W. Quine, Ways of Paradox (1976), p. 205 ; P. Duhem, The Aim and Structure of Physical Theory (P. Wiener trans. 1954), pp. 183-190 (notant qu'en vertu de ce principe d'auto-légitimation de la théorie par révision incrémentale, il ne pouvait se découvrir aucune méthode d'expérimentation de la théorie qui fournisse la possibilité d'une démonstration de la fausseté de celle-ci). Sur ceci, voy. S. Brewer, Figuring the Law : Holism and Tropological Inference in Legal Interpretation, 97 Yale L.J. 823, 83-837 (1988)).

historicistes et apologétiques de l'oeuvre du juge (première branche du trilemme), soit à une reformulation sans fin de son vocabulaire, qui signifierait la fin de sa crédibilité comme théorie, au moins aux yeux qui veulent se servir d'elle (troisième branche du trilemme). Il nous paraît par conséquent qu'il faut définitivement faire notre deuil de l'ambition de *constater* le précédent afin d'en élaborer un *modèle* : cela ne doit pas nous empêcher de critiquer ce qui se donne à voir dans l'utilisation qui en est faite dans le raisonnement juridique, mais cette critique ne sera effective que si elle s'interdit de prétendre s'effectuer à partir d'une instance neutre, qui serait un modèle descriptif de la technique précédentielle ; cela ne doit pas nous faire défense, non plus, de nous interroger sur la *possibilité* même du précédent, c'est-à-dire sur la *plausibilité de son importation* dans le raisonnement du juge constitutionnel, cette possibilité et cette plausibilité étant indépendantes de la *description* de son mécanisme -description que, comme nous venons de le voir, l'on ne saurait prétendre fournir.

III - LE PRÉCÉDENT DÉCOMPOSÉ

Répétons. Nous sommes confrontés, avec le précédent, à un type d'argument qui n'a pas de justification autre que de constituer un entre-deux entre les extrêmes opposés de l'historicisme (dans le modèle naturel du précédent) et du gouvernement des juges (dans son modèle comme règle de droit). Nous voilà aussi en présence d'une technique dont, en tant précisément qu'elle constitue compromis, l'observateur ne peut fonder l'entièreté des modalités d'application -et, notamment, décrire quel point d'équilibre son utilisation représente en réalité entre les deux soucis contradictoires qui la traversent. Quelles sont, de cet argument injustifiable et indescriptible, les conditions de possibilité ? Si la façon dont cet argument joue ne peut se décrire, au moins peut-on se poser la question de savoir s'il est pensable, en alignant ses présupposés centraux. Si "suivre un précédent en justice constitutionnelle" signifie logiquement quelque chose, il semblerait que sa décomposition en ses éléments premiers montre que ceux-là, au moins, sont praticables dans leur principe (99).

Décomposer le recours au précédent dans le raisonnement du juge européen, cela permet de dégager trois étapes dans celui-ci : premièrement, *caractérisation* de la norme dont la compatibilité avec le texte dont il a la garde est disputée ; deuxièmement, *comparaison* de cette norme ainsi caractérisée à une autre, celle dont le juge premier a eu à connaître lors d'une espèce antérieure invoquée comme précédent, cette comparaison devant autoriser le juge second à conclure à la similitude -ou, au contraire, à la dissimilitude- entre les deux hypothèses mises en

(99) Il n'est pas prétendu ici que les étapes du raisonnement par précédent sont effectivement, dans la décision judiciaire, étapes distinctes et successives. Leur exposition est plutôt à considérer comme celle des conditions minimales de possibilité d'un processus qui, en réalité, est beaucoup plus flou, voire anarchique dans son déroulement. Ajoutons que cette exposition, dans son entreprise même, est une caricature de la prétention moderne à "connaître une chose (...) en bien considérant celles qui la composent" (Th. Hobbes, De Cive, trad. fr. éd. par R. Polin, Paris, Sirey 1981, p. 63) : l'on est bien conscient du caractère aporétique d'une telle démarche, ne fût-ce que pour la raison -développée par l'école phénoménologique en philosophie- que la conscience informe l'objet qu'elle veut découvrir dans son essence (cf. E. Husserl, Cartesian Meditations, trans. D. Cairns (The Hague, Martinus Nijhoff 1960)). Mais il ne s'agit pas là d'un obstacle à l'exercice qui est ici proposé. Au contraire : si la critique du raisonnement juridique part des présupposés qui sont les siens (ici, du présupposé, moderne jusqu'à la caricature, qu'il est possible de décomposer le raisonnement du juge second qui applique le précédent), si donc elle juge ce raisonnement d'après ses propres lois, elle sera d'autant plus dévastatrice. Il n'est de déconstruction plus efficace que l'auto-déconstruction, et il est même permis de se demander si l'idée d'une critique qui prendrait appui sur autre chose que ce à quoi elle s'oppose n'est pas, littéralement, *utopique* (voy. sur ceci S. Fish, Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies (Oxford, Clarendon Press 1989), p. 14).

regard l'une de l'autre ; troisièmement, s'il est conclu à une similitude justifiant application du précédent, il faut encore décider ce que cette application *signifie* : si le précédent s'impose, comment le fait-il, quel est le prescrit qu'il faut y lire ?... Caractérisation de la norme dont la censure est demandée au juge second, comparaison de cette norme avec celle ayant fait l'objet d'un examen chronologiquement antérieur, lecture de la règle de droit applicable dans cette espèce qui précède : l'on analyse ces trois étapes séparément.

Première étape. La première question concerne, donc, la caractérisation de l'espèce dont le juge second a à connaître. Par hypothèse, une norme lui est présentée qui n'est pas exactement, dans la lettre de son énoncé, frappée d'inconstitutionnalité par la norme supérieure de l'ordre juridique dont il est le gardien (100). Il lui revient de la qualifier -de la traduire dans le langage de la norme par rapport à laquelle elle est évaluée-, c'est-à-dire de la faire rentrer dans les catégories du droit constitutionnel. Or, c'est à ce premier niveau déjà que se révèle toute la contingence du raisonnement par précédent. Contentons-nous ici de dire, très brièvement, pourquoi : si l'on rejette à la fois une position radicalement nominaliste (101) quant à la capacité du langage humain à dire le réel -capacité dont dépend évidemment l'idée même de catégorisation juridique au départ du raisonnement constitutionnel ici disséqué- et son opposé représentationnaliste (102), l'on est forcé de constater que, si l'une et l'autre de ces positions extrêmes échouent, c'est parce qu'elles restent aveugles au fait que toute interprétation survient *en situation*. Parce que le juge est le membre d'une société qui le précède et l'englobe, parce que son langage, s'il est le produit des paroles individuelles par lesquelles il se manifeste et évolue, n'en constitue pas moins une structure permettant à ces paroles d'être signifiantes (103) -le juge n'a pas la maîtrise des catégories qu'il utilise. Un contexte est là dont l'interprétation ne peut s'extirper et qui borne l'arbitraire -arbitraire auquel

---

(100) Même lorsque, par sa seule formulation, une norme attaquée est d'une inconstitutionnalité flagrante, il ne faut pas exclure que le juge constitutionnel décèle en elle certains traits qui la fassent échapper à la censure. Ainsi, même une ordonnance interdisant "toutes les activités en rapport avec le Premier Amendement" (qui protège la liberté d'expression) ("all First Amendment activities") dans l'aéroport de Los Angeles est entourée de circonstances qui permettent à une argumentation de se développer en faveur d'une déclaration de constitutionnalité (cf. Board of Airport Commissioners for the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987), commenté par L. Tribe & M. Dorf, On Reading the Constitution (Cambridge, Harvard Univ. Press 1991), p. 68).

(101) Pour un nominaliste, le monde réel n'est pas divisé en catégories d'étants, il n'est fait que de particuliers, et c'est par le langage que nous subsumons ces particuliers sous des universaux (Schauer, Precedent, op. cit., p. 583). Dans cette perspective par exemple, si une loi criminalisant la sodomie est à considérer comme constituant immixion gouvernementale dans la vie privée des individus qui la pratiquent (Cour eur. D. H., arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981, Publ. de la Cour eur. D.H., Série A, n°45), plutôt que comme introduisant une discrimination entre homosexuels et le restant de la population (c'est la solution qu'a refusé de considérer la Cour suprême américaine, cf. Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986), alors même que, contrairement à ce qui a été décidé par la Cour de Strasbourg, la relation sexuelle de sodomie n'a pas été admise comme appartenant du droit à la vie privée), ce n'est pas qu'une législation pénale de ce type serait, par essence, à ranger sous la catégorie "restriction à la vie privée", mais *parce que le juge chargé de l'évaluer choisirait de la lire ainsi au départ du vocabulaire à sa disposition : n'importe quelle autre catégorisation serait également valable, et rien dans cette législation (préalable donc à son interprétation par le juge) ne la dicterait de façon nécessaire*. Notons que l'école réaliste américaine a parfois déduit que l'usage du précédent s'effectuant à partir de pareille caractérisation il serait dès le départ arbitraire : à totale disposition du juge chargé de l'opération de lecture (cf. Douglas, Stare Decisis, 49 Colum. L. Rev. 735 (1949) ; Radin, Case Law and Stare Decisis, op. cit. ; K. Llewellyn, The Bramble Bush. On Our Law and Its Study (New York, Oceana 1930, 10th ed. 1989), pp. 59-76).

(102) A l'opposé du nominalisme, le représentationnalisme postule l'existence dans le monde de catégories d'objets que le langage humain se contenterait de reconnaître, et dont notre vocabulaire serait donc la reproduction fidèle (Schauer, Precedent, op. cit., p. 582). Pour un représentationnaliste extrême, si une loi réprimant la sodomie est à lire comme constituant une restriction à la vie privée, c'est qu'elle est cela, "en soi" et en réalité.

(103) F. De Saussure, Cours de linguistique générale (Paris, Payot 1972).

se réduirait, selon la position nominaliste extrême, toute oeuvre de caractérisation-. Mais, en même temps -et c'est ce que manque la position représentationnaliste-, ce contexte, s'il a pour conséquence de ne pas laisser à disposition du juge les catégories langagières qu'il utilise, n'est pas immuable : loin d'être en un rapport d'analogie au réel, d'être donc dicté par lui, il est le produit des activités humaines exactement comme le langage est le produit de l'acte individuel de parole qu'il permet. Pourquoi une loi incriminant la sodomie est-elle une restriction à la vie privée plutôt qu'une discrimination ? Ni à cause de l'humeur du juge qui l'affirme, ni à cause de ce qu'est "en soi" pareille législation, mais parce que, selon une troisième réponse que l'on peut qualifier de pragmatiste (104), telle est la lecture de la loi attaquée qu'impose le contexte (sociétal, historique, géographique, économique...) de l'interpretation qui en est faite.

S'agissant de la première question qui se pose à nous dans notre décomposé du précédent, l'on dira donc que la caractérisation de la législation dont la censure en entreprise, si elle est critiquable comme tout ce qui est artifice (105), et si elle comporte bien sûr une marge d'appréciation de la part du juge (106), n'est pas complètement subjective. Elle n'est pensable en effet que *comme immergée* dans un contexte -social, institutionnel, interprétatif- qui est tout à la fois sa condition d'être et sa clôture. Et, s'il est toujours possible de questionner la caractérisation de la règle de droit qui est proposée par le juge, il est en même temps nécessairement utopique et superflu de le faire : *utopique,* au sens le plus étymologique du terme, parce qu'il n'est pas de lieu neutre d'où puisse s'énoncer une interprétation plus "juste" ; *superflue,* parce que l'interprétation alternative qui est suggérée, si elle veut au moins être compréhensible à son audience, doit partager les préjugés fondamentaux de la communauté où elle prend son origine (107).

Une remarque importante s'insère ici. La lecture de la loi attaquée sera informée par la règle invoquée comme précédent devant le juge. Cela, pour des raisons précises qui apparaîtront seulement plus loin, mais que l'on peut ici formuler de façon intuitive : si c'est *en vue de l'application du précédent* que la norme dont l'annulation ou la condamnation est entreprise est examinée, cet examen opère nécessairement avec le vocabulaire et dans le système constitué par lui. Par conséquent, cette première étape de la caractérisation, que la logique semblerait vouloir placer en tête, chronologiquement, de l'acte d'application du précédent, est en réalité dépendante du choix de la règle de précédent. Ce choix doit donc être *déjà fait, ou* au moins *présent,* avant que le juge se demande s'il est *possible.*

Deuxième étape. Une fois effectuée l'entreprise de caractérisation, une *comparaison* s'impose entre la situation nouvelle ainsi caractérisée et la situation ancienne dont un des plaideurs invoque la valeur de précédent. L'objet de cette comparaison est, pour le juge, de conclure à la similitude -ou au contraire, à la

(104) Et qui trouve, en philosophie du droit, son porte-parole le plus efficace en Stanley Fish (cf. S. Fish, Doing What Comes Naturally, op. cit.).
(105) Mais cette critique, qui elle aussi s'énonce en situation, ne pourra jamais être radicale si elle veut rester compréhensible : partant du même contexte que cela même qu'elle critique, elle ne pourra éviter d'importer en elle une partie au moins de ce qu'elle dénonce. Cf. S. Fish, Doing What Comes Naturally, op. cit., p. 14.
(106) Dans la ligne de ce qui vient d'être dit, cette marge sera d'autant plus grande que le consensus social autour de la norme dont la censure est demandée est ténu. Ce consensus social autour de la *signification* n'est pas à confondre avec le consensus social autour de *l'opportunité* ou de la *légitimité* : on peut parfaitement imaginer que beaucoup se trouvent d'accord pour *qualifier* une norme identiquement tout en la trouvant immorale ou inconstitutionnelle.
(107) S. Fish, Doing What Comes Naturally, op. cit., p. 463.

dissimilitude- des hypothèses par définition non identiques (108). Or, cette deuxième étape ne va nullement de soi. Puisque la similitude n'est pas complète -puisque similitude n'est pas identité-, quels seront les traits de chacune des situations mises en regard l'une de l'autre que le juge pourra considérer comme pertinents ?

Pour cerner mieux le problème, considérons deux situations, A (le précédent), et A' (l'espèce dont il est actuellement débattu). De la description de la situation A à la disposition du juge second (109), il ressort que A est caractérisée par les traits a, b, c, d. La situation A', selon la lecture qu'en fait le juge second, comprend les éléments a, b, c, e : une circonstance (d) est ici absente qui était présente en A ; réciproquement, une autre circonstance (e) est constitutive de A' et n'était pas présente dans la situation A telle que décrite par le juge premier. Comment décider si, entre A et A', il y a *analogie suffisante* pour justifier reproduction de la solution adoptée antérieurement ? Si toute *différence* entre situations pouvait justifier qu'on établisse une *distinction* entre elles -autorisant élimination du précédent-, un modèle naturel du précédent se substituerait au modèle de compromis dont on recherche, sinon une formulation utopique, au moins les conditions minima de plausibilité ; à l'inverse, si toute *similitude* pouvait justifier *assimilation*, l'on voit mal comment on éviterait de tomber dans une forme de justice aveugle, qui répéterait une même solution -débouté du demandeur ou condamnation de la défense- sans égard aucun aux faits particuliers de la cause. La troisième voie, comme toujours, est la moins insatisfaisante : seuls certains faits, parmi l'ensemble des faits constitutifs d'une cause, doivent être considérés comme pertinents dans la définition du précédent.

Ce sont ces faits, qui déterminent le champ d'application de la règle que l'interprète tire du précédent, dont il s'agirait de définir les caractéristiques -s'agirait, et non s'agit, car l'on voit mal comment entrer dans la représentation des caractéristiques de faits pertinents d'une cause sans nous exposer à l'objection qui était dénoncée plus haut : celle de prétendre pouvoir fournir au juge la théorie de sa pratique, et non seulement de définir les bornes minimales qu'une théorie de ce type, si elle pouvait voir le jour, serait tenue de respecter. L'on indiquera seulement ici que la *pertinence d'un élément constitutif* -l'absence de (d), la présence de (e) autorisent-ils la distinction de A' et de A ?- ne peut se penser indépendamment de la *règle de droit* elle-même que l'on prétend tirer du précédent. Cette règle de droit s'énonce en effet sur le fond d'une motivation qui *s'appuie sur des faits* : ces faits, au moins, pertinence leur est -par ce biais de la motivation- reconnue (110). La possibilité de cette deuxième étape est donc dépendante de celle de la troisième, qui consiste en la lecture de la règle de droit dont l'application est prescrite par la technique précédentielle. C'est vers elle qu'on se tourne à présent.

---

(108) Deux situations ne sauraient en effet être absolument identiques : un des éléments constitutif, au strict minimum, diffèrera d'une hypothèse à l'autre. A défaut de quoi d'ailleurs, le recours sera écarté comme irrecevable au nom de l'autorité de chose jugée.

(109) Qui, il faut le noter ici avant d'en tirer plus loin les conséquences, n'a jamais accès à l'ensemble des faits présents dans la situation A. Il doit se contenter de ce qui est dit de cette situation A par son prédécesseur, le juge premier. Or, celui-ci fait parfois des faits de la cause dont il a à connaître une très arbitraire sélection, dont sa description "en fait" porte témoignage. Mais cette sélection n'est en rien décisive : parmi les circonstances de l'espèce dont il est fait mention par le juge premier, il peut en être d'essentielles comme il peut s'en trouver de non-pertinentes.

(110) L'on dira donc que la nature de la distinction qui peut s'effectuer dépend de la motivation de la décision invoquée comme précédent : ce n'est que si le trait dont la différence est invoquée comme pertinente conditionne effectivement l'application de la règle de droit en cause qu'il sera pris en compte. Cf. là-dessus le raisonnement de l'avocat-général Warner en l'affaire Manzoni de 1977, op. cit., p. 1674, col. 2.

Troisième étape. Par hypothèse donc, les traits définitionnels de la norme attaquée sont arrêtés. Une comparaison avec une espèce antérieure a été effectuée, qui autorise à conclure à l'existence d'une similitude suffisante justifiant reproduction de la solution passée. Qu'en déduire ? De quelle règle de droit peut-on dire qu'elle est contenue dans cette solution passée ? La question est importante, parce que le juge premier ne s'exprime pas avec la même généralité de langage que ne le ferait à sa place, face à une même question juridique, un législateur. Au juge second, il incombe donc d'extraire, de la décision judiciaire qu'il a sous les yeux, ce qui s'impose à lui avec une force persuasive particulière, et d'exclure ce qui est au contraire indifférent à son office.

Traditionnellement, sont distingués à ce sujet la *ratio decidendi* d'une décision et les *obiter dicta* qu'elle comprend : tandis que la *ratio decidendi* comprend l'ensemble des arguments de droit avancés par le juge premier à l'appui de sa décision, les *obiter dicta* sont les digressions qu'il s'autorise dans les marges de ses raisonnements, ces remarques incidentes ne devant présenter pour le juge second qu'un intérêt anecdotique. Le juge second aurait pour rôle de dégager de l'espèce antérieure, celle dont il lui est demandé de faire application, les motifs nécessaires : tâche qui lui sera d'autant plus aisée à remplir que la motivation du juge premier est explicite (111). Là s'arrête cependant le consensus, car, dès qu'il s'agit de définir plus précisément la ratio decidendi, les théoriciens du droit se divisent. Pour les uns (112), la ratio decidendi comprend *toutes les règles et principes de droit nécessaires à la cohérence du raisonnement suivi par le juge premier,* sans autre discrimination : c'est en tant qu'ils ont été avancés par le juge premier que les arguments juridiques lient le juge second. Pour les autres (113), il s'imposerait d'être plus sélectif dans l'extraction de la ratio decidendi : le contenu de celle-ci serait *indissociable des faits matériels de la cause antérieure considérée,* si bien que ne rentreraient dans la ratio decidendi d'un jugement que les règles et principes de droit qui s'y trouvent formulés dans un champ d'application strictement défini : celui des éléments constitutifs de la cause ayant donné lieu à leur formulation.

Comme on le voit, ce sur quoi porte au fond le débat dans la théorie classique du précédent, c'est sur le *champ d'application* des règles et principes de droit nécessaires à la motivation de la décision : la portée plus ou moins grande que l'on reconnaît à ce champ d'application met en jeu une certaine répartition des compétences entre le juge premier et le juge second. Entendez par *ratio decidendi* les règles et principes de droit énoncés par le juge premier, sans limiter par ailleurs leur portée comme précédent, et vous aurez fait de ce juge premier le législateur que ses adversaires craignaient de voir apparaître en lieu d'une justice constitutionnelle ; restreignez au contraire la *ratio decidendi* aux circonstances précises de la cause antérieure, en recourant aux éléments qui y sont présents comme à ceux qui y sont

(111) L'on devrait distinguer ici entre les deux juridictions dont l'examen est proposé, d'après la qualité de leurs motivations. Disons, pour faire court, que la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui admet la formulation d'opinions dissidentes et n'est donc pas tenue par la nécessité de dégager le plus petit dénominateur commun entre les opinions en présence sur le point de droit à trancher, sera la plus aisée à suivre dans sa motivation. Au contraire, la Cour de justice des Communautés européennes est tenue d'aboutir à une formulation de leurs décisions qui représente un consensus : cela explique qu'elles passent sous silence l'essentiel des raisonnements qui les guident, car, si l'accord peut se faire sur la solution à apporter au litige en question, c'est-à-dire sur le dispositif, il en va autrement des motifs de cette solution et de ce dispositif. L'on ajoutera qu'une juridiction relativement jeune, aux compétences encore à définir dans l'avenir, aura le souci de ne point apparaître politique. Ce souci se combinera avec la crainte de se lier pour l'avenir en adoptant des motivations trop explicites. Voy. sur l'ensemble de la question : M. Kelman, The Forked Path of Dissent, 1985 Sup. Ct. Rev. 227.

(112) J. Salmond, The Theory of Judicial Precedent, 16 L.Q. Rev. 376 (1900) ; E. Morgan, Introduction to the Study of Law, 2d ed. (Chicago, 1948) ; C. Allen, Law in the Making, op. cit., p. 247 ; R. Cross, Precedent in English Law, op. cit., pp. 35-101.

(113) Goodhart, Determining the Raffo Decidendi of a Case, 40 Yale L.J. 161 (1930).

absents, et vous vous trouverez face à un précédent vide, à disposition du juge second qui pourra tirer de lui, ou refuser d'en tirer, exactement ce qu'il voudra (114). Par conséquent, si l'on veut à la fois éviter de tomber dans une théorie du précédent qui s'expose à l'objection dite du "gouvernement des juges" et élaborer un modèle qui rende compte de l'influence du précédent sur le raisonnement du juge constitutionnel, on se trouve, ici encore, condamné à formuler les termes d'un informulable compromis : il s'agirait alors de décrire la *ratio decidendi* d'une décision comme les règles et principes de droit avancés à son occasion, règles et principes dont le juge second fera une lecture informée par les circonstances présentes dans la cause antérieure dont il a connaissance. On le constate : aucune des deux conceptions de ce qu'est la ratio decidendi ne peut se passer de la conception qui se présente comme en étant l'opposé, mais qui en réalité en constitue le supplément nécessaire (115). Il n'est donc pas possible de donner de la *ratio decidendi* une définition précise, arrêtée une fois pour toutes, qui en fixe clairement les frontières en délimitant son champ par rapport à celui des obiter dicta -des *obiter dicta* qui en seraient, dans le discours classique sur le précédent, simplement la marge.

L'impossibilité de définir la *ratio decidendi* signifie donc la fin du caractère opératoire de la dichotomie entre *ratio decidendi* et *obiter dicta* : toute règle, tout principe qu'on dit appartenir à la *ratio decidendi* d'une décision judiciaire n'est jamais que l'espèce du genre *obiter dicta*, et réciproquement (116). Cela a, sur la pensée du précédent, des conséquences bien plus larges que celles du débat classique -qui ne concerne, lui, que le champ d'application des règles et principes dégagés de la décision antérieure, faisant osciller ce champ entre le général et abstrait et le particulier et concret, mais se refusant à interroger la possibilité pour l'interprète d'extraire ces règles et principes dont la portée est débattue.

La raison de cette interdépendance, qui est une interchangeabilité, entre *ratio decidendi* et *obiter dicta* mérite d'être expliquée. Le précédent, cela a été dit d'entrée de jeu, impose de traiter une situation A' d'une manière déterminée pour la seule raison qu'un situation A voisine avait fait l'objet de pareil traitement en un temps historiquement antérieur. Il reproduit donc, présentement, une solution adoptée par un auteur : dans la terminologie que nous avons arrêtée, cet auteur est le juge premier. Entre le juge premier et le juge second, le précédent suppose dès lors qu'une communication ait lieu, communication qui s'effectue par le médium d'une écriture dont il est entendu qu'elle opère *représentation d'un sens* : c'est de ce sens, en effet, que doit pouvoir se déduire la ratio decidendi de la décision passée, et la trace écrite de celle-ci doit en assurer le transport d'un lieu historique à l'autre.

Cette image du transport indique combien essentielle, dans l'écriture en général et dans l'utilisation de l'écriture du juge premier comme précédent en particulier, devient la propriété d'*itérabilité* : qu'il y ait communication suppose que l'écrit "reste lisible malgré la disparition absolue de tout destinataire déterminé en général pour qu'elle ait sa fonction d'écriture, c'est-à-dire sa lisibilité. Il faut qu'elle soit répétable -itérable- en l'absence absolue du destinataire ou de l'ensemble

(114) S. Simpson, English Law in the Making, 4 Modem L. Rev. 121 (1940) ; J. Stone, Fallacies of the Logical Form in English Law, in : P. Sayre (ed.), Interpretation of Modern Legal Philosophies(New York, 1947), pp. 709-710.

(115) Les familiers de l'oeuvre de Jacques Derrida auront reconnu ici un mouvement caractéristique de la déconstruction. Cf. N. Fraser, The French Derrideans : Politicizing Deconstruction or Deconstructing Politics, New German Critique 33 (1984), pp. 134-137.

(116) Cf. J. Derrida, Signature événement contexte, in : Marges de la philosophie (Paris, Minuit 1972), pp. 365-393. Voy. également J. Culler, On Deconstruction : Theory and Criticism after Structuralism (Ithaca, NY ; Cornell Univ. Press, 1982), pp. 110 ss. Les références sont au débat qui a opposé Jacques Derrida aux théoricens des "speech acts" J. Searle et J.L. Austin ; débat qui influence le questionnement du précédent, en tout cas du précédent comme fondé sur une opposition ratio decidendi / obliter dicta, effectué ici.

empiriquement déterminable des destinataires" (117). Le précédent est ce qui vient du juge premier, mais dont la caractéristique est de pouvoir être répétée, et citée, par le juge second : comme tout écrit mais ici de la façon peut-être la plus exemplaire, l'écrit invoqué comme précédent doit "continue<r> à agir, et être lisible même si ce qu'on appelle l'auteur de l'écrit ne répond plus de ce qu'il a écrit, de ce qu'il semble avoir signé, qu'il soit provisoirement absent, qu'il soit mort ou qu'en général il n'ait pas soutenu de son intention ou attention absolument actuelle et présente, de la plénitude de son vouloir-dire, cela même qui semble s'être écrit "en son nom"" (118) ... Le signe écrit en général, a fortiori le signe écrit qui fonctionne comme précédent et est *cité* comme tel, est *itérable* : il reste donc comme signe, mais coupé du contexte originaire de son énonciation, et greffé sur d'autres chaînes de signifiants, inséré donc dans un contexte autre que celui où il a d'abord émergé. Sa *citabilité* lui permet de "rompre avec tout contexte donné, <d'>engendrer à l'infini de nouveaux contextes, de façon absolument non saturable" (119). C'est pour cette raison précise que la ratio decidendi, que la théorie classique (120) prétend pouvoir déduire de l'intention subjective qui était celle du juge premier (121), n'existe pas indépendamment du contexte de son utilisation : au contraire, sa relocalisation opère travestissement de sens, et elle souffre de l'absence de référent en tant qu'elle est *répétable.*

Le précédent recomposé, par conséquent, nous dirons en conclusion de cette partie qu'il se caractérise par deux éléments. En premier vient son caractère *tautologigue* : la caractérisation de la norme attaquée devant le juge constitutionnel ainsi que sa comparaison avec la norme antérieurement examinée -dans une affaire invoquée comme précédent- étant l'une et l'autre *dépendantes de ce précédent qu'on invoque,* ce que le juge second prétendra être et présentera comme étant *déduit* se trouve en réalité *au départ* du raisonnement. En ce sens, la décomposition de l'opération consistant à recourir en justice constitutionnelle à un argument déduit d'un précédent est illusoire : elle n'est pas constituée d'étapes distinctes, elle est plutôt une opération unique, dans laquelle la conclusion se trouve contenue dans les prémisses, et que le juge second effectue en préjugeant du résultat auquel elle aboutira finalement. On retrouve là la notion gadamerienne de "cercle

(117) J. Derrida, Signature événement contexte, op. cit., p. 375.
(118) Idem, p. 376.
(119) Idem, p. 381.
(120) Ce recours à l'interprétation subjective va de soi s'agissant du respect du précédent par un juge inférieur hiérarchiquement à celui qui en est l'auteur, qui court le risque de la censure s'il devait méconaître cette interprétation subjective. Mais, comme l'exemple le montre, il est contenu dans le mécanisme précédentiel lui-même, en tant que ce mécanisme prescrit de dégager d'un arrêt ses "motifs indissolublement liés au dispositif", c'est-à-dire sa ratio decidendi : car comment extraire ces motifs sans rentrer dans le *contenu* du raisonnement, et comment penser ce contenu sans renvoi à l'intention subjective ?
(121) En effet, la formulation du précédent par le juge premier est à analyser comme un acte de langage *performatif* : il opère, sa parole est acte, "son effet sur le référent coïncide avec son énonciation" (J.Fr. Lyotard, La condition postmoderne. Rapport sur le savoir (Paris, Minuit 1979), pp. 21-22 : l'exemple est celui du Doyen qui déclare "l'Université est ouverte", par contraste à la conversation mondaine où il est dit que "l'Université est malade"). Il se distingue de l'énoncé *constatif ou dénotatif,* qui prétend décrire ce dont il est parlé. Il n'est pas assimilable non plus à un énoncé de type *prescriptif,* puisque le juge n'est pas dans une position institutionnelle qui lui permette de statuer au-delà de l'espèce concrète dont il est saisi : nous ne sommes pas, en effet, dans un modèle du précédent comme règle de droit. Voy. sur l'ensemble de la question J.L. Austin, How to Do Illings With Words, Oxford 1962 (trad. fr. Quand dire c'est faire, Seuil 1970) ; J. Searle, Speech Acts (Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1969) ; et J. Habermas, "Unbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetens", in : J. Habermas & N. Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie (Stuttgart, Suhrkamp 1971). Parce que le précedent est un acte de langage performatif, la conscience du sujet qui l'énonce est un élément essentiel à lui, à cause précisément de l'absence de référent extérieur qui le caractérise : le vouloir-dire de l'énonciation est alors critère de sa force performative, c'est-à-dire de son effet sur le référent.

herméneutique", ou, si l'on préfère et sans qu'il entre dans notre propos de développer ces deux auteurs, l'herméneutique circulaire discutée par Paul Ricoeur (122).

En second lieu se laissent cerner les traits essentiels de ce qui est appliqué dans le précédent. Celui-ci constitue reprise par le juge second d'un énoncé *performatif* du juge premier, c'est-à-dire d'un énoncé qui contient son propre référent et opère sur le réel. Mais cette reprise est recontextualisation, elle greffe l'énoncé premier sur un ensemble d'énoncés qui lui donnent un sens différent : l'énoncé est donc caractérisé par sa *polysémie*. En même temps, que l'argument par précédent soit plausible, que donc une identité s'ajoute à cette polysémie qui n'est pas seulement ni nécessairement une identité grammaticale -le précédent est citation d'une décision judiciaire, mais également reformulation, résumé, traduction ou allusion-, voilà qui paraît indéniable.

On comprendra donc que nous ayons été tenté de penser la théorie du précédent comme ne devant être ni une *herméneutique*, c'est-à-dire une recherche du sens caché dans le recours qui est fait à lui -comment aller à ce sens caché en effet, si c'est une polysémie qu'il s'agit de penser ?-, ni un *structuralisme* -le structuralisme veut décrire à partir d'éléments premiers définis par leurs relations de différence, or toute description nous paraît, nous l'avons écrit, utopique-. Une méthode paraissait promettre ce rejet simultané d'un sens caché et d'une description fidèle, tout en autorisant la construction d'une théorie du précédent : cette méthode, c'est celle de l'archéologie envisagée par le premier Michel Foucault (123). Elle partirait, précisément, de cette constatation que le précédent -celui que cite le juge second dans son argumentation- est *énoncé*, et donc ni proposition (même grammaticalement inchangé, il prend un sens différent suivant le contexte de son utilisation) ni énonciation (il préserve une forme d'identité même sous des formes grammaticalement diverses). Elle accepterait l'assimilation de l'énoncé aux "speech acts" de Searle (124), avec ce qui les spécifie : le résidu d'une identité à travers leur polysémie apparente, ce résidu consistant en un sens littéral de l'énoncé qui peut dispenser l'observateur d'aller à son sens caché. La méthode archéologique, ainsi délimité l'objet de son étude, tenterait de cerner comment, par quels règles et procédés, les énoncés en arrivent à former une sphère discursive autonome : comment ils sont reproduisibles, en préservant leur prétention à constituer un acte de discours sérieux malgré les sens différents qu'ils prennent dans leurs recontextualisations successives.

L'archéologie, ce serait donc l'étude d'une "police discursive" qui permet aux énoncés d'accéder à cette autonomie qui les définirait. Elle parviendrait, idéalement, à dégager une "loi de raréfaction" qui distingue, au sein de la masse des énoncés disponibles, ceux qui, parce qu'ils seront considérés comme sérieux, seront reproduits et greffés sur d'autres contextes -par opposition à un résidu d'énoncés "non sérieux" qui n'ont de validité que pour les seuls moment et contexte de leur première énonciation. Cette ambition, nous avait-il d'abord semblé, faisait de l'archéologie la méthode appropriée d'étude du raisonnement par précédent, puisque le recours à celui-ci consiste en la réitération, au sein d'une toile, d'autres énoncés, d'un énoncé dont le caractère présumé sérieux pouvait justifier qu'il transcende les circonstances de sa

(122) P. Ricoeur, Temps et Récit, t. 1 (Paris, Seuil 1983) ; t. 2 (1984) ; t. 3 (1985) ; P. Ricoeur, La métaphore vive (Paris, Seuil 1975).
(123) M. Foucault, L'Archéologie du savoir (Paris, Gallimard 1969). Voy. également L'Ordre du discours (Paris Gallimard 1971), reprenant le texte de la première leçon de Michal Foucault au Collège de France, où s'entame cependant déjà son tournant ultérieur vers la pratique généalogique.
(124) Cf. H. Dreyfus et P. Rabinow, Michel Foucault. Un parcours philosophique, trad. fr. F. Durand-Bogaert (Paris, Gallimard 1984), p. 73, n. 1.

première formulation (125). Comme l'énoncé en effet -celui qui est au centre de l'étude archéologique-, le précédent est ce qui reste lui-même en dépit des transformations successives de son sens à travers les utilisations successives dont il fait l'objet : leur capacité de durée, le précédent comme l'énoncé la doivent au fait qu'ils franchissent avec succès un test institutionnel, que leur prétention au sérieux a été mise à l'épreuve, et que leur répétabilité a été affirmée. L'examen du système d'éléments dans lequel l'énoncé sérieux, que l'archéologue prétend pouvoir effectuer au départ d'un double mise entre parenthèses du sens et de la vérité en ne s'attachant qu'au seul champ énonciatif dans lequel l'énoncé apparaît (126) - cet examen ne pourrait-il pas être fait a fortiori du précédent en justice constitutionnelle, précédent dont la répétabilité est non seulement une propriété, mais la définition ?

Il n'est pas nécessaire d'entrer plus loin dans les détails de la méthode archéologique pour en faire comprendre le caractère aporétique. S'il nous a longtemps paru de l'ordre du possible de dégager, localement, les conditions d'existence de l'énoncé, c'est-à-dire la loi de raréfaction qui opère de façon à ce qu'il soit répétable comme énoncé sérieux et que d'autres ne le soient pas -car c'est à cela que revient la méthode archéologique-, l'entreprise nous paraît en effet échouer. En effet, la double réduction phénoménologique qu'elle présuppose (mise en parenthèses de la vérité de l'énoncé, mais aussi de sa prétention au sens) apparaît contradictoire avec la définition même de l'énoncé : si celui-ci est repérable par l'identité qu'il préserve malgré sa polysémie et les changements d'ordre grammatical qu'il subit, alors comment le reconnaître sans restaurer un critère de sens ? Plus fondamentalement, l'archéologue, pour faire fonctionner sa méthode, doit se placer en une position privilégiée par rapport aux acteurs du jeu énonciatif : c'est seulement dans cette situation d'extériorité qu'il peut prétendre déceler ces "lois de raréfaction" qui sont son objet. Mais comment réclamer pareil privilège ? Comment prétendre s'abstraire ainsi, prendre ses distances avec le jeu de langage dans lequel nous sommes insérés ? L'échec de l'archéologie nous a incités à nous tourner vers une autre hypothèse, dont nous ne pouvons ici que faire l'esquisse. Cette deuxième voie se propose de considérer le précédent invoqué par le juge second comme l'utilisation, par un membre de la communauté scientifique, d'un "paradigme", dans le sens très précis qu'a donné à ce terme l'historien des sciences Thomas Kuhn (127). A son exposition se ramène notre conclusion.

---

(125) On a d'ailleurs pu écrire qu'à ce titre, l'archéologie peut se penser "dans n'importe quelle culture qui dispose de méthodes autorisant des locuteurs privilégiés à s'exprimer avec une autorité qui excède les limites de leur situation ou de leur pouvoir personnels" (H. Dreyfus et P. Rabinow, Michel Foucault, op. cit., p. 76) en vertu de leur prétention à détenir la vérité. N'est-ce pas très exactement ce qui se joue à travers la notion de précédent ?

(126) "L'analyse énonciative est donc une analyse historique, mais qui se tient hors de toute interprétation : aux choses dites, elle ne demande pas ce qu'elles cachent, ce qui s'était dit en elles et malgré elles, le non-dit qu'elles recouvrent (...) ; mais au contraire sur quel mode elles existent (...), ce que c'est pour elles d'être apparues - et nulle autre à leur place"(M. Foucault, L'Archéologie du savoir, op. cit., p. 143).

(127) T. S. Kuhn, La Structure des révolutions scientifiques, trad. fr. L. Meyer (Flammarion, "Champs" 1983) (éd. originale "The Structure of Scientific Revolutions", The Univ. of Chicago Press 1962). C'est à l'édition française de 1983 que sont nos références. Voy. aussi T. S. Kuhn, The Copernician Revolution : Planetary Astronomy in the development of western thought (Cambridge, 1957), et T. S. Kuhn, La tension essentielle. Tradition et innovation dans la recherche scientifique (Paris, Gallimard 1991).

IV - LA PARADIGMATIQUE

Thomas Kuhn tente de comprendre comment les vocabulaires scientifiques se construisent, comment les croyances scientifiques changent, bref comment évolue le concept de scientificité à travers les différentes époques. Pour expliquer cette évolution, il dégage ce qu'il appelle des paradigmes, c'est-à-dire des "découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions" (128). Ces paradigmes sont transmis par l'éducation, et c'est par leur internalisation fidèle que l'individu voit reconnue son appartenance à la communauté scientifique ; c'est d'ailleurs souvent "le simple fait de trouver un paradigme qui, d'un groupe, fait une spécialité ou du moins une discipline" (129). Le paradigme fournit une méthodologie à la recherche scientifique : dans un contexte et une époque donnés -c'est-à-dire au sein d'un paradigme-, c'est la conformité à ce paradigme qui permet de distinguer la scientificité de la croyance ou du mythe. Mais, s'ils constituent des directives méthodologiques, les paradigmes n'imposent pas de conclusions uniques à un grand nombre de questions : c'est dans le cadre qu'ils fixent, cependant, que ces questions feront l'objet de débats au sein de la communauté scientifique.

Ce principe posé, Kuhn va distinguer deux types de recherche scientifique : la science "normale" procède, *au sein d'un paradigme donné*, par accumulation de connaissances, raffinements successifs, progression, qui tous s'effectuent à partir d'un accomplissement scientifique passé, cet accomplissement exemplaire étant considéré comme point de départ acceptable d'autres travaux (130) ; la science "extraordinaire", par contre, naît en réponse à la *crise* que provoque l'apparition *d'anomalies* (131), lorsque celles-ci deviennent trop importantes pour pouvoir être ignorées du paradigme qui ne parvient pas à les intégrer : la science extraordinaire travaille alors à la *formulation d'un nouveau paradigme* qui viendra se substituer à l'ancien dont l'inadéquation a fini par apparaître (132). C'est ce dernier phénomène -le passage d'un paradigme à un autre- que Kuhn appelle "révolution scientifique".

---

(128) T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 11.

(129) Idem, p. 41. Voy. également p. 59 : "Dans le cadre d'un paradigme, il n'est pas possible de travailler autrement ; et, abandonner le paradigme, c'est cesser de pratiquer la science qu'il définit". Notons que cette dernière notion de paradigme, qui est celle de "matrice disciplinaire", vaut d'être distinguée, et laissée provisoirement de côté, de celle qui nous intéresse ici, et qui est le paradigme comme "modèle exemplaire" retenu comme valide par la commaunuté scientifique. Ces deux aspects de la notion de paradigme sont distingués dans l'oeuvre la plus récente de Kuhn, en réponse aux objections qu'ont suscité la définition trop vague du concept qu'il offre dans son ouvrage de 1962 (cf. par exemple D. Shapere, The Structure of Scientific Revolutions, Philosophical Review, 73, 1964, pp. 383-394) : il établit une différence entre un sens "global" du paradigme ("tout ce à quoi adhère un groupe scientifique", qui est "matrice disciplinaire" de la science en question) et un sous-ensemble de ces croyances, sous-ensemble qu'il se contente de commenter en disant qu'nacquérir tout un arsenal d'exemplaires fait (...) partie intégrante du processus par lequel un étudiant accède aux réalisations coginitives de son groupe disciplinairen(T.S. Kuhn, La tension essentielle, op. cit., p. 408). C'est cet aspect du paradigme scientifique comme modèle exemplaire de résolution de l'énigme que nous retenons ici.

(130) Ces travaux de la science normale bâtissent donc sur un acquis, sans devoir reconstruire leur discipline ex nihilo : ils se font au sein d'un paradigme dominant et des directives méthodologiques qu'il impose. "En concentrant l'attention sur un secteur limité de problèmes relativement ésotériques, le paradigme force les scientifiques à étudier certains domaines de la nature avec une préasion et une profondeur qui autrement seraient inimaginables"(T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 47). On retrouve dans cette formulation l'argument d'efficacité parfois avancé à l'appui du précédent, et ce n'est pas par hasard : l'utilisation de celui-ci s'assimile en effet aux procédures de la science normale dans le cadre du paradigme qu'il constitue.

(131) L'anomalie est "l'impression que la nature (...) contredit les résultats attendus dans le cadre du paradigme qui gouveme la science normale" (T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 83).

(132) Ce remplacement d'un paradigme par un autre, qui devient à son tour dominant et permet à son tour de distinguer entre science et mythe, s'opère au terme d'une concurrence entre fractions de la communauté scientifique, chacune de ces fractions désirant imposer son propre paradigme à la suite d'une révolution scientifique.

On voit l'intérêt que présente pour une compréhension du précédent l'approche kuhnienne de l'histoire des sciences. En tant que membre d'une communauté de juristes, le juge second travaille sous l'empire d'un paradigme, c'est-à-dire d'un modèle exemplaire de résolution du problème qui se pose à lui. L'empire de ce précédent/paradigme l'oblige à une lecture des faits dont il a connaissance à sa lumière -le précédent en effet, comme le paradigme, guide la collecte des faits : "Aucune histoire naturelle ne peut être interprétée en l'absence d'un minimum implicite de croyances théoriques et méthodologiques interdépendantes qui permettent la sélection, l'évaluation et la critique" (133). Contrairement donc à l'archéologie, la paradigmatique ne trahit donc pas une croyance en une autonomie du champ discursif qui permettrait d'étudier le discours abstrait de sa prétention au sens et à la vérité : les faits "bruts" existent ici et il en est tenu compte, mais ils ne le sont qu'au travers du prisme de lecture qu'impose le prisme dominant (le précédent existant) dans le domaine de recherche particulier.

Confronté à un problème, informé par un précédent existant, le juge peut choisir : ou bien de travailler dans le cadre de la science juridique "normale", c'est-à-dire dans ce cadre que fournit pour son intervention le précédent en question ; ou bien d'entrer dans la science "extraordinaire", par abandon de l'ancien paradigme et substitution simultanée d'un nouveau paradigme à lui. La première voie est de loin la plus fréquemment empruntée : en demeurant dans le cadre du précédent existant, le juge ne reproduit pas ce précédent (134) -celui-ci n'est que modèle exemplaire-, il réalise plutôt la promesse que le précédent contient en assimilant les faits qu'il observe dans les transformations successives de ce modèle exemplaire à sa disposition (135). Ce faisant, il résout le cas posé comme le scientifique travaillant dans le contexte de la science normale résout des énigmes : comme l'énigme scientifique, l'espèce dont le juge a à connaître est un problème relativement localisé, dont le choix ou du moins la formulation sont dictés par le modèle du paradigme et qui peut trouver au sein de ce paradigme une solution (136). Le précédent/paradigme dirige le choix de la solution appropriée à la résolution de l'énigme, même s'il peut ne pas contenir les règles comme telles qui conduiront à la solution : "La science normale est une activité hautement déterminée, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit entièrement déterminée par des règles (...). Les règles (...) dérivent des paradigmes, mais les paradigmes peuvent guider la recherche même en dehors des règles" (137). La détermination des paradigmes communs n'équivaut donc pas à celle des règles communes : là se retrouve ce que nous disions plus haut de la nature du précédent invoqué par le juge second -c'est-à-dire du précédent comme énoncé présentant les propriétés simultanées de *polysémie* et *d'identité*. De même que la communauté des juristes peut se mettre d'accord sur le fait qu'un précédent puisse être invoqué pour la résolution d'un cas concret sans s'accorder sur ce qu'il exige en l'espèce comme solution, "un paradigme peut (...) guider les recherches, même s'il ne se laisse pas réduire à une interprétation unique ou à des règles

(133) T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 38. Voy. également pp. 96 97.
(134) "Dans une science (...) un paradigme est rarement susceptible d'être reproduit : *comme une décision judiciaire admise dans la common law*, c'est un objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes" (T.S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 45, trad. modifiée, notre accent).
(135) La science normale est en effet "une tentative pour forcer la nature à se couler dans la boîte préformée et inflexible que fournit le paradigme"(T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 46). Le travail du juge dans le cadre d'un précédent existant pour le problème qui l'occupe, à travers notamment la technique des distinctions, constitue une entreprise de nature similaire.
(136) Idem, p. 63.
(137) Idem, p. 70. Sans doute est-ce là qu'il faut reconnaître la validité de la constatation de Dworkin que les precédents ont une "force gravitationnelle" qui va au-delà de leur "force de promulgation", c'est-à-dire des termes explicites par lesquels ils définissent leur champ d'application (voy. supra).

généralement admises" (138). Ainsi s'explique que le précédent puisse lier, sans pour autant que les règles qui découlent de lui fassent l'unanimité.

Il nous paraît donc que l'application du précédent par le juge constitutionnel est à comprendre comme la relation que fait le juge second à un paradigme perdu, qui est le modèle exemplaire constitué par le précédent dont il a connaissance et dont il lui est demandé de tenir compte. Dans cette perspective, le changement du précédent à travers ses applications successives, c'est-à-dire sa polysémie d'énoncé, est à lire comme l'intégration d'une anomalie suite à la modification du paradigme -ce qui ne va pas toujours sans résistance (139), mais est malgré tout nécessaire à la perpétuation du précédent dans les espèces ultérieures. Ce n'est que lorsque l'assimilation de l'anomalie dans le cadre du paradigme existant se révèle impossible que le précédent, dans un processus qui est celui de la science extraordinaire, sera remis en question et remplacé par un autre : en attendant ce renversement et cette substitution (140), une "tension essentielle" existe entre le paradigme ancien et les anomalies non intégrées par lui : elle correspond à la tension entre l'équité et le juste dans les doctrines classiques du précédent.

Le précédent comme paradigme, c'est donc un précédent dont la force obligatoire n'est pas justifiable autrement que par l'héritage qu'il constitue pour la communauté juridique qui s'appuie sur lui dans ses raisonnements : c'est donc, au terme de notre parcours, à la thèse de Kronman quant au fonctionnement du précédent comme tradition que nous sommes ramenés. Mais c'est aussi, au plan cette fois de l'identité du précédent, une doctrine d'équilibre entre tradition et innovation, entre une référence au paradigme absent et sa modification afin de lui permettre l'intégration des anomalies que son application fait apparaître. Comme dans la révolution scientifique, le revirement jurisprudentiel se justifie par l'incapacité dans laquelle se trouve le précédent existant -précédent qui guide en principe le raisonnement du juge éduqué à penser en s'aidant de lui dans la résolution du problème qui lui est posé- à assimiler les faits dont il a connaissance. L'inadéquation du précédent par rapport à l'idée de justice qui est celle de la communauté juridique, c'est-à-dire l'anomalie qui consiste à sacrifier la justice substantielle ~ la justice procédurale, justifie l'abandon d'un précédent et son remplacement par un autre qui deviendra à son tour dominant, au terme d'un combat proprement politique. Ainsi progresse la science du droit, dans le normal et dans l'extraordinaire, dans le conservatisme et l'imprévisibilité.

---

(138) Idem, p. 73. Le paradigme peut même fonctionner sans pouvoir être explicité dans la totalité de ce qu'il exige : pour le praticien, le paradigme agit comme une connaissance tacite dont la formulation reste à jamais différée (M. Polanyi, Personal Knowledge (Chicago 1958), cité : T. S. Kuhn, La Structure..., op. cit., p. 73).

(139) Cette découverte d'un phénomène nouveau par celui qui travaille dans le contexte de la science normale, nous dit Kuhn, "n'apparaît qu'avec difficulté (...) sur un fond constitué par les résultats attendus" (Idem, p. 98).

(140) Qui sont une révolution scientifique dans le vocabulaire de Kuhn. Ce passage à un nouveau paradigme, dont nous avons vu un exemple dans l'arrêt HAG II de la Cour de Justice des Communautés européennes, est un processus non cumulatif de développement -par opposition à la science normale- "dans lequel un paradigme plus ancien est remplacé, en totalité ou en partie, par un nouveau paradigme incompatible" (Idem, p. 133). C'est par ailleurs ici que se fait jour la nécessité d'intégrer dans une théorie du précédent les pratiques non discursives, économiques, sociales, institutionnelles, politiques, rituelles : comme dans la révolution scientifique, lorsqu'un ancien paradigme se révèle insatisfaisant, une lutte politique s'ouvre entre fractions de la communauté scientifique, qu'aucun principe neutre de scientificité ne peut départager : tout argument sur le choix du paradigme à adopter est en effet nécessairement circulaire, "chaque groupe se sert de son propre paradigme pour y puiser ses arguments de défense" (p. 136).

LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA JURISPRUDENCE

Par

Heinrich SCHOLLER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Munich (Allemagne)

PLAN

I.- La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence constitutionnelle dans les différents systèmes juridiques
1 - La juridiction constitutionnelle, selon le modèle américain
2 - La juridiction constitutionnelle dans l'Europe Centrale
3 - Introduction du modèle de l'Europe centrale dans l'Europe de l'Est (Pologne, Hongrie, Russie)
4 - Hongrie : la plainte populaire (*quivis ex populo*)

II.- La juridiction constitutionnelle dans la théorie du droit
1 - Le tribunal, comme arbitre dans un système juridique hiérarchisé (Amérique, Allemagne)
2 - Le tribunal, gardien des Droits de l'Homme
3 - Le problème de la juridiction constitutionnelle en France et en Angleterre
4 - La Cour de justice européenne et les Droits de l'Homme en Europe

III.- La juridiction constitutionnelle, en tant que créatrice de droit judiciaire, ou en tant que législateur

IV.- La juridiction constitutionnelle, point de départ d'un ordre juridique ?
1 - Dichotomie : droit prétorien et droit codifié
2 - Comment peut-on expliquer les jugements "Vis legis" du Tribunal Constitutionnelle ?

I - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES

1 - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, SELON LE MODÈLE AMÉRICAIN

Avec le jugement fondamental, rendu en 1803, par la Cour Suprême américaine, il est possible de se reporter à près de 200 ans en arrière en ce qui concerne la juridiction et la jurisprudence constitutionnelle.

A vrai dire, les origines de la juridiction constitutionnelle remontent à la fin du Moyen-Age et au début des Temps Modernes. Ainsi, au XVIIe siècle déjà, dans le droit anglais, des jugements confirmaient la compétence des tribunaux anglais en matière de contrôle constitutionnel. Néanmoins, la souveraineté de l'État s'imposa par la suite et ce n'est qu'à partir du XIXe siècle que se développa ce qu'il est possible de nommer une juridiction constitutionnelle moderne.

En se plaçant à divers points de vue, on peut différencier des modèles très dissemblables de juridiction constitutionnelle. Nous limitant à l'essentiel, nous n'en examinerons que trois, dans leur relation avec le système juridique.

Le modèle américain de jurisprudence constitutionnelle déjà cité, a son origine dans la structure fédérale de l'ordre juridique américain. Dans tout système fédéral, il est nécessaire d'instituer une instance aussi neutre que possible, ayant à connaître des contestations pouvant survenir entre le pouvoir central et les États-membres. Dans l'empire allemand de Bismarck, c'était le Conseil Fédéral (Bundesrat), où se trouvaient représentés les différents États. Il ne possédait, certes pas l'organisation mais, néanmoins, la fonction constitutionnelle d'aplanir les divergences fédérales. Dans cette "racine" fédérale de la juridiction constitutionnelle, ce qui est déterminant c'est le fait que, dans un pays de droit coutumier également, existe la même nécessité d'un Tribunal indépendant pour régler les litiges, que dans un système de droit codifié. Ainsi, en Allemagne et dans la constitution de Weimar ; mais surtout, par la suite, avec la loi Fondamentale, la conciliation fédérale a été un élément essentiel, de même qu'une base déterminante pour l'introduction d'une juridiction constitutionnelle.

L'article 93, alinéa 1, n° 1, 2, 3 et 4 de la Loi Fondamentale énumère les cas de compétence du Tribunal Constitutionnel Fédéral. La question de savoir si ce Tribunal peut développer un droit prétorien, de même que le fait pour celui-ci de ne pouvoir s'insérer que difficilement dans le système juridique existant, ne se posent que lorsque la juridiction constitutionnelle s'étend à des questions de droits fondamentaux ; car elle pénètre alors dans tous les domaines du droit et ne reste pas limitée au règlement des litiges fédéraux entre le centre et la périphérie.

2 - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DANS L'EUROPE CENTRALE

En Europe Centrale, trois systèmes, bien que différents entre eux, se sont développés. Signalons, tout d'abord, le modèle suisse. Il présente des analogies extérieures avec la juridiction constitutionnelle américaine ; néanmoins, il s'est inséré dans un système juridique de droit codifié. Par contre, en partant de l'organisation de la compétence juridictionnelle, l'Autriche et la République Fédérale d'Allemagne ont trouvé une autre solution, par la création d'un Tribunal particulier, comme organe d'administration de la justice ou encore, comme organe suprême de

l'État, à double caractère. Dans l'exemple autrichien, comme dans l'exemple allemand de la juridiction constitutionnelle, les décisions relatives aux droits fondamentaux jouent un rôle très important. Lorsque des questions s'y rapportant apparaissent également dans le cadre du contrôle de l'application des normes, cependant, de manière prépondérante, elles font l'objet d'un recours constitutionnel pouvant être introduit, d'après l'article 93, alinéa 1, n° 4 de la Loi Fondamentale contre les mesures prises par les pouvoirs publics, donc contre des actes de législation, de jurisprudence et d'administration.

La protection des droits fondamentaux constitue une très ancienne "racine" de la juridiction constitutionnelle. Cette notion remonte également au droit anglais des XVIe et XVIIe siècles et trouve son origine, d'une part, dans des démêlés entre le Parlement et la Couronne et, d'autre part, dans la compétence juridictionnelle. Bien que les deux principes, protection des États fédéraux et protection des droits fondamentaux des individus, aient assez rapidement fusionné, les deux notions, néanmoins, se laissent très clairement différencier entre elles.

3 - INTRODUCTION DU MODÈLE DE L'EUROPE CENTRALE DANS L'EUROPE DE L'EST (POLOGNE, HONGRIE, RUSSIE)

On peut reconnaître un troisième modèle dans le développement de la juridiction constitutionnelle où ni la protection de structures fédérales, ni celle du droit des personnes n'ont joué un rôle important. En France, du reste, de même qu'en Grande Bretagne, l'idée de la souveraineté du Parlement a longtemps empêché de soumettre les actes législatifs, en tant qu'expression de la volonté populaire, à un contrôle constitutionnel, lorsqu'en raison de leur contenu, ils revenaient à une vérification des droits fondamentaux. Ceci ne s'est modifié que dans les derniers temps seulement. Néanmoins, en France, il a toujours existé des amorces de juridiction constitutionnelle devant contrôler et surveiller la hiérarchie des organismes, à l'intérieur de la constitution. On pourrait presque y voir une analogie de la justification de compétence pour la conciliation des divergences fédérales.

4 - HONGRIE : LA PLAINTE POPULAIRE (QUIVIS EX POPULO)

L'introduction de Tribunaux administratifs et constitutionnels a suivi rapidement l'effondrement des législations marxistes dans l'Europe de l'Est. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Hongrie et celle du Tribunal constitutionnel russe ont surtout suscité aussi un vif intérêt en dehors de ces pays. Il y a lieu de reconnaître à cet égard que pour la Cour constitutionnelle de Hongrie, l'origine de la juridiction se trouve davantage dans la conciliation fédérale et dans celle aussi des compétences organiques, alors que cette Cour est orientée vers la fonction de protection des droits fondamentaux. Du fait que la Hongrie elle-même constitue un état unitaire, sans éléments fédéraux, une orientation, ainsi qu'une justification de la juridiction constitutionnelle suivant l'idée de la protection fédérale ou de celle des organismes au sein des institutions constitutionnelles, n'aurait, du reste, pas été rationnelle. Ainsi, dans l'Europe de l'Est, on peut, de nouveau, absolument reconnaître les deux "racines" différentes d'où est sortie la juridiction constitutionnelle et de même, on reconnaît les différentes fonctions qu'elle possède dans un système étatique centralisé, ou fédéral.

L'exemple hongrois est également intéressant pour une autre raison, car la protection des droits fondamentaux s'y trouve réglée par l'idée générale de la protection du droit. La Cour constitutionnelle hongroise, en s'appuyant sur la nouvelle constitution, peut adapter le droit d'avant l'effondrement du régime

marxiste, au moyen des plaintes populaires. Des plaintes de ce nom n'ont existé et n'existent en Europe Centrale qu'en Bavière, où l'article 98-5 de la constitution contient une disposition de ce genre, depuis 1946. Elle autorise tout un chacun en Bavière, comme en Hongrie, indépendamment du fait d'être soi-même atteint directement et présentement dans ses droits fondamentaux par un acte législatif, à censurer la violation par des actes législatifs du Parlement. Aussi bien la juridiction constitutionnelle hongroise que la politique juridique hongroise, voient dans l'institution de la plainte populaire, un instrument pour transformer le droit issu du soi-disant centralisme démocratique antérieur, dans l'organisation judiciaire démocratique de l'état. Il existe déjà des indices en Hongrie, comme quoi la juridiction constitutionnelle se trouve surchargée par la prédominance des actions concernant la protection des droits fondamentaux ; principalement depuis un changement politique.

II - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DANS LA THÉORIE DU DROIT

Les deux schémas différents ci-dessus exposés, comme fondement de la juridiction constitutionnelle, ont également une correspondance dans la légitimation théorique du droit. Pour juger de la juridiction constitutionnelle, de son adaptation à l'organisation judiciaire et de son développement ultérieur, il est très important de savoir quelle légitimation elle peut recevoir de la théorie du droit.

1 - LE TRIBUNAL, COMME ARBITRE DANS UN SYSTÈME JURIDIQUE HIÉRARCHISÉ (AMÉRIQUE, ALLEMAGNE)

La juridiction constitutionnelle est à considérer comme arbitrale en tant qu'organe de contrôle dans un système juridique fédéral, ou comme organisme de jugement à l'égard de la hiérarchie des institutions constitutionnelles. Elle a l'obligation de statuer sur la répartition exacte et la balance des compétences et des droits des deux parties en conflit, en se tenant à une distance aussi neutre et lointaine que possible. Si la structure fédérale est déjà en soi un pendant, ou une analogie, à la répartition horizontale des pouvoirs, elle est également saisie et appliquée effectivement comme division verticale des pouvoirs. Il n'est pas étonnant alors que la théorie d'un tribunal exige que cette répartition des pouvoirs doit garantir que les choses doivent se trouver en dehors de ces pouvoirs. Le Tribunal constitutionnel fédéral reçoit ainsi la fonction d'un organisme étatique suprême et il n'est pas institué comme étant une partie du pouvoir judiciaire. La fonction du juge conciliateur et du juge arbitral est fondée sur la notion que les parties en conflit, ne relevant pas éventuellement des conditions requises par une constitution existante, se sont mises d'accord sur une conciliation arbitrale et pacifique. Il s'ensuit que le modèle arbitral repose sur l'idée que c'est moins par une sentence autoritaire, que par un consensus que doivent se régler les conflits pouvant surgir. La juridiction arbitrale est justifiée, moins par le pacte social que par une disponibilité au dialogue, donc par un consensus préparé et justifie.

2 - LE TRIBUNAL, GARDIEN DES DROITS DE L'HOMME

Il en va autrement pour la justification de la juridiction constitutionnelle, comme gardienne des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Ici, la juridiction est considérée comme devant assurer, dans une organisation judiciaire, la surveillance et la protection des droits et des valeurs supérieures. Mais une

juridiction ne peut exercer ces fonctions qu'à la condition qu'il lui soit fait appel par accord des deux parties, en qualité d'arbitre neutre et distant. Dans sa fonction de surveillance, la juridiction constitutionnelle doit être considérée comme assez proche d'une instance statuant d'office. Cela ne signifie pas que le Tribunal agisse au titre de sa fonction ; mais, lorsqu'on s'adresse à lui, qu'il peut juger dans toute l'étendue possible, sans être lié par les conclusions des parties. Cette théorie de la fonction de surveillance trouve particulièrement son expression dans les organisations judiciaires de Bavière et de Hongrie, déclarant que le Tribunal est compétent en matière de plainte populaire, car en pareil cas, il n'existe pas d'atteinte subjective au droit ayant conduit à s'adresser au Tribunal ; tout un chacun étant fondé à le faire, qu'il s'estime être lésé ou qu'il ne le soit pas : la chose étant indifférente.

3 - LE PROBLÈME DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE ET EN ANGLETERRE

Du fait qu'il n'existe pas de structures fédérales en France, ni en Angleterre, on comprend que la juridiction constitutionnelle ne pouvait pas s'imposer par une discussion théorique. Ici faisait tout d'abord défaut une incitation à créer la fonction de juge arbitre et, par là la nécessité d'y faire appel de manière consensuelle. Pour ce qui regarde la fonction de veiller à la protection des droits fondamentaux, ces deux pays partent d'une même considération théorique, en ce qu'ils nient un tel rôle, du fait que, dans la souveraineté du Parlement, ils voient une dimension qui ne peut être réduite. En outre, ils présentent une particularité à l'égard du catalogue des droits fondamentaux traditionnels. Alors que l'Angleterre ne possède absolument aucune charte écrite des droits fondamentaux - abstraction faite des déclarations historiques- et ne présente non plus aucune constitution écrite, la France renvoie constamment, en ce qui concerne la pratique et la théorie constitutionnelle, à la déclaration générale des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. De ce fait, les droits fondamentaux ont échappé à une instrumentalisation juridico-technique, pour devenir un fondement général de la société. Dans ces conditions, une fonction particulière de surveillance ne cadrait pas avec cette représentation.

4 - LA COUR DE JUSTICE EUROPÉENNE ET LES DROITS DE L'HOMME EN EUROPE

Sans doute est-il préférable de considérer ce nouveau modèle comme la réalisation partielle des modèles nationaux existants. Sur le plan européen existent, d'une part la Cour de Justice européenne des droits de l'homme, à Strasbourg et le Tribunal européen de Luxembourg qui est le Tribunal compétent pour la Communauté européenne : Ces deux Tribunaux ne fonctionnent pas pour la même, mais pour deux associations différentes d'états. Alors que pour la Cour de Justice européenne des droits de l'homme à Strasbourg, la protection des droits fondamentaux et la fonction de leur surveillance se trouvent au premier plan, le Tribunal européen de Luxembourg est plutôt un arbitre. De toute manière, il a très fortement un rôle d'arbitrage, encore que la Cour de Justice européenne puisse être saisie par des individus et non pas seulement par des états. Que la Cour de Justice européenne ait au moins la fonction de gardienne constitutionnelle ou de surveillante constitutionnelle par la protection des droits fondamentaux, ressort déjà du débat sur la question de savoir si les droits fondamentaux et quels droit fondamentaux s'appliquent à la Communauté européenne. L'idée, qu'il s'est formé entre-temps un système coutumier de droits fondamentaux et de droits de l'homme sur le plan juridique européen, commence à s'imposer.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de noter que la Cour de Justice européenne pour les droits de l'homme, dans une certaine mesure, remplit davantage un rôle d'arbitrage, plutôt qu'une fonction active de jugement, en matière de protection des droits de l'homme. En effet, les plaintes d'individus, dénommées réclamations individuelles, ne peuvent être portées devant la Cour de Justice européenne, qu'après avoir été acceptées par la commission européenne. Par là, le conflit opposant un citoyen européen à son état, se transforme en une discussion entre la commission européenne, comme partie de la Cour de Justice pour les droits de l'homme, et l'État National. Il se crée ainsi un litige quasi-fédéral, déclenchant ou dégageant le rôle arbitral de la Cour de Justice.

III - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, EN TANT QUE CRÉATRICE DE DROIT JUDICIAIRE, OU EN TANT QUE LÉGISLATEUR

Les justifications théoriques ci-dessus présentées de la juridiction constitutionnelle ne disent encore rien de la question de savoir si elle doit se limiter à la création d'un droit prétorien, ou si elle assume la fonction d'un législateur. S'il ne s'agissait, pour la juridiction constitutionnelle, que de créer un droit prétorien, il n'y aurait pas de problème. Cela vaut pour tous les systèmes avec droit coutumier ; car, dans ces systèmes, le droit prétorien est, au fond, le droit originel, récapitulé en un système de cas constituant des "précédents". Mais s'agit-il vraiment, uniquement d'un droit prétorien, avec la juridiction constitutionnelle ? Un tel droit est reconnu dans des organisations judiciaires qui, du fait d'actes législatifs parlementaires codifiés ont ôté, en principe, aux Tribunaux, la possibilité d'établir le droit par des jugements ; éventuellement de le créer avec effet légal. De même, des pays ayant une codification légale de bout en bout par des lois du parlement, ont admis entre-temps, la "possibilité" de créer le droit par des jugements, lorsqu'il y avait lieu de combler des lacunes existantes ou d'établir des analogies. S'agissant de la compétence des Tribunaux constitutionnels, en ce qui concerne l'aplanissement de conflits fédéraux, ou de la détermination des ordres de compétence au sein de la hiérarchie constitutionnelle, il pourrait être absolument parlé de lacunes existantes à combler. En règle générale, du fait de leur caractère juridico-politique et de la nécessité d'aboutir à des formules de compromis, les constitutions sont très imprécises et leurs mailles, très lâches; elles doivent éviter de fixer des réglementations de détail. Par le jeu des forces politiques, la pratique étatique et constitutionnelle devrait parvenir aux concrétisations nécessaires. Dans un système constitutionnel ainsi établi, il doit être envisagé, dès le départ, que le droit prétorien puisse être créé par la conciliation fédérale des conflits venant à se produire.

Dans ces cas, il ne s'agira que de clarifier des questions de détail dans une constitution à larges mailles. Par contre, il en va différemment, lorsque, dans le cadre de la fonction de gardien pour la protection des droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel ou la juridiction constitutionnelle pénètre dans de vastes parties de l'organisation juridique ou, par une déclaration de nullité, oblige les législateurs à effectuer d'importantes codifications nouvelles. Plus problématique encore apparaît la question, lorsque la juridiction constitutionnelle ne se borne pas à déclarer nulles des prescriptions légales ou des actes légaux complets, mais dans le cadre de décisions en appel, va jusqu'à obliger le législateur à effectuer dans un délai déterminé, une nouvelle réglementation de la matière, sous certains points de vue. On ne se trouve pas alors en présence d'une légifération négative de la part de la juridiction constitutionnelle, mais d'une intervention directe dans la formation positive de l'ordre juridique.

La question se pose donc de savoir si cette compétence élargie des Tribunaux constitutionnels est compatible avec un schéma administratif horizontal et un mode de division laissant pour le moins au parlement désigné par le peuple, la fonction centrale de légiférer. Il n'est nullement question ici de faire appel au schéma traditionnel de la division des pouvoirs remontant à Montesquieu. Il est admis partout que cette division horizontale constitue au fond un enchevêtrement de fonctions. Du fait, déjà, qu'on part d'un pouvoir d'état unitaire et parce que, en plus, les domaines étatiques d'action, convertis de pouvoirs en fonctions, s'engrènent et s'enchevêtrent les uns dans les autres. Parler d'un enchevêtrement complexe et d'un contre-balancement des fonctions, correspond donc beaucoup mieux pour décrire la situation constitutionnelle présente. Mais, même dans cette situation modifiée et en quelque sorte admise, un reste de responsabilité propre du Parlement demeure qui ne peut être transférée à d'autres organes par des entrecroisements de fonctions. Ce reste exige que la constitution garantisse que les questions centrales de réglementations générales abstraites des conditions de vie soient fixées par un organisme directement désigné par le Parlement. Mais l'organisme directement désigné par le peuple, par votation, ne peut être que le Parlement lui-même. Un organisme subordonné, désigné par le Parlement, même à une forte majorité, ne pourra jamais prétendre être un organisme issu de la volonté populaire par votation égalitaire, directe, générale et secrète.

Néanmoins, la question se pose de savoir de quelle façon la théorie du droit considère cette fonction accrue de la juridiction constitutionnelle, particulièrement en se référant à la situation du Tribunal constitutionnel fédéral, en Allemagne. Caractéristique à cet égard est le jugement, rendu le 8 avril 1993, par ce tribunal. Le parti libéral allemand (FDP) qui participe à la coalition gouvernementale de l'Allemagne fédérale, avait présenté au Tribunal constitutionnel fédéral, en date du 2 avril, une requête lui demandant de se prononcer sur la question de savoir si des soldats allemands, pilotes d'avions AWACS, pouvaient participer à des vols au-dessus de la Yougoslavie, dans le cas où on en viendrait à des mesures de contrainte, donc à des engagements militaires. La décision de rejet du Tribunal qui, néanmoins s'est déclaré en principe compétent a été commentée de la façon suivante dans la presse, par le S.Z. du 10/12 avril :

> Le premier engagement militaire de soldats allemands après la fin de la deuxième guerre mondiale, résulte d'une approbation provisoire du Tribunal constitutionnel fédéral. Par cinq voix contre trois, le second sénat a rejeté des demandes de fractions de la diète fédérale appartenant au parti libéral et au parti social démocrate (SPD), concernant une décision provisoire, visant le retrait des 162 soldats de l'armée fédérale des 18 avions AWACS de l'OTAN.

Dans une justification orale de sa décision, le Tribunal a affirmé sa compétence dans la procédure d'une ordonnance provisoire, en se fondant sur le § 32, alinéa 1 du code BVerf GG, et se référant à une décision antérieure (BVerf GE 83, 162/171 et pages suivantes et 86, 390/395). Les deux recours ont été considérés comme recevables et non apparemment infondés. En ce qui concerne la décision de participer à des engagements d'avions AWACS, il se serait agi d'une mesure suivant le § 64, alinéa 1 de la BVerf GG. En d'autres termes, un conflit dans la coalition gouvernementale fédérale a été finalement renvoyé au Tribunal constitutionnel, afin d'éviter une perte de face politique. De toute manière, il a été possible au parti de coalition FDP, d'après le jugement du Tribunal, d'effectuer un revirement politique, sans dommage. Néanmoins, dans un conflit de coalition déguisé, le Tribunal constitutionnel fédéral ne peut être saisi ni comme protecteur, ni comme surveillant. Par des jugements, la juridiction constitutionnelle dérape dans l'activité gouvernementale. Ce n'est pas sa vocation, sinon on verrait dans la saisine du Tribunal une échappatoire pratique et

complaisante, lorsqu'on redoute un compromis ou qu'on s'est aventuré trop loin dans une question et qu'on ne veut ni accepter de perdre la face publiquement par un recours en cassation, ni mettre en danger la coalition. Mais, des questions de politique se trouvent ainsi transférées au Tribunal de manière inadmissible. La même chose arrive là où la juridiction constitutionnelle assume en réalité le rôle du législateur. Il ne s'agit pas simplement de droit prétorien, intervenant à côté du droit établi, mais de l'intrusion des Tribunaux constitutionnels dans la fonction législative. Ce n'est pas tout à fait à tort qu'il a été dit du Tribunal constitutionnel en Allemagne, qu'il constituait une troisième chambre législative.

Ce développement n'est seulement compréhensible que lorsqu'on le considère sur l'arrière-plan d'une quelconque incertitude et d'une antipathie à l'égard de la démocratie, principalement. sous la forme d'une étatisation des partis et d'une domination de ceux-ci. Le public se rassure alors, lorsque des experts, arbitres neutres, ou juges se sont prononcés impartialement sur l'affaire, et que, pour un temps au moins, les politiciens acharnés ont dû se retirer de l'arène ; mais on perd de vue dans l'affaire, que la composition des Tribunaux constitutionnels dépend déjà a priori de la majorité des 2/3 à la diète fédérale et au conseil fédéral exigée pour la désignation des juges constitutionnels.

En outre, on perd de vue que déjà l'entente entre les partis du gouvernement et de coalition, à laquelle le parti junior, donc le FDP, a dû faire appel pour saisir le Tribunal constitutionnel fédéral, représente un consensus pour donner une base au rôle d'arbitre de ce Tribunal, là où il ne possède aucune compétence. La nécessité d'une protection du droit fait défaut à la procédure suivie, car les partis divisés auraient pu régler la question par la voie d'un accord de coalition, ou en sortant de celle-ci.

IV - LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE, POINT DE DÉPART D'UN ORDRE JURIDIQUE ?

1 - DICHOTOMIE : DROIT PRÉTORIEN ET DROIT CODIFIÉ

On peut considérer le développement qui se manifeste comme le résultat d'une crise de la démocratie ayant conduit au remplacement des parlements par des experts. L'expertocratie de notre époque a trouvé sa justification à chaque étape de l'histoire des idées politiques. Finalement, l'expertographie remonte à personne d'autre que Platon qui fut le premier. dans le postulat du règne des philosophes, à tenir une telle forme de règne comme étant la meilleure. Mais le fait que les développements les plus récents puissent se réclamer de la théorie du règne des philosophes, ne simplifie pas le problème.

Néanmoins. il est possible de considérer le développement d'un côté positif et d'y voir l'éclosion d'un nouvel ordre juridique. Ce nouvel ordre ne serait plus déterminé par le règne des parlements et des Tribunaux, mais de nouveaux facteurs seraient introduits dans le processus de détermination du droit, faisant apparaître dans les mécanismes de fixation du droit un pluralisme qui triompherait de la dichotomie existante entre le droit prétorien, d'une part et, d'autre part, le droit parlementaire, fixé par le parlement. du fait que la juridiction constitutionnelle représenterait une troisième façon d'établir le droit. Toutefois, il y aurait lieu de clarifier immédiatement la question de savoir si le droit résultant de la jurisprudence constitutionnelle n'aurait que la force d'une simple loi, ou si des jugements rendus par un Tribunal constitutionnel acquéreraient une valeur constitutionnelle. La réglementation du § 31 de la BVerf GG ne dit rien de clair à ce sujet. Elle stipule seulement que tous les organes de l'état sont liés par ces décisions, au même titre

que par une loi ordinaire. La question concernant la qualité de l'obligation reste ouverte.

S'agit-il, lorsqu'il y a lieu d'interpréter la constitution, d'une liaison au titre du droit constitutionnel, ou la décision du Tribunal constitutionnel n'a-t'elle que l'effet d'une simple Loi ? Dans le premier cas, un recours au titre de la constitutionnalité du jugement ne serait possible qu'avec des majorités extraordinaires. Il produirait une pétrification ; par contre, en ne voyant dans le jugement rendu qu'une simple obligation de la loi, le législateur pourrait alors, à tout moment, suspendre ou modifier les décisions des tribunaux constitutionnels.

2 - COMMENT PEUT-ON EXPLIQUER LES JUGEMENTS "VIS LEGIS" DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ?

En dehors de ces jugements de clarification concrets, exigés par la pratique, il est important pour la théorie du droit de savoir, si les droits fondamentaux sont à considérer davantage comme des garanties de droit que comme des valeurs ; dans quel rapport se trouvent les doits à la liberté et ceux concernant l'égalité ; et si, finalement, l'expertocratie ne représente pas une modification du pacte social.

Du fait que la jurisprudence constitutionnelle est toujours liée à un jugement de ce qui est supérieur et de ce qui est inférieur ; à un ajustement de ce qui est inférieur, à ce qui est supérieur ; à l'alignement sur la constitution, de la norme inférieure de la constitution sur la norme supérieure : le problème consiste en ce que l'appréciation constitutionnelle, qui n'est pas purement formelle, développe une classification de valeurs. Cette classification est celle créée par le Tribunal, et pas nécessairement celle de notre société ne coïncidant pas avec la propre classification des juristes. Entre les actes séparés du pouvoir législatif s'intercale, par conséquent, une classification intermédiaire n'ayant pas ou très peu de légitimation démocratique.

Comme exemple, mais aussi, à titre documentaire pour un problème plus large, on peut citer la théorie de la prépondérance de la liberté par rapport à l'égalité. Depuis la deuxième guerre mondiale, la théorie s'est imposée dans la jurisprudence des tribunaux constitutionnels, que les droits de la liberté sont plus forts et plus importants que ceux de l'égalité. On a appelé cela la prépondérance de la liberté sur l'égalité. La constitution ne donne ici aucun point d'appui. Le fait que, de façon purement numérique, les droits d'égalité sont moins nombreux que ceux de liberté, ne devrait pas être déterminant. Du reste, le déficit en postulats d'égalité a montré ces derniers temps une nette évolution vers l'égalité des chances.

Cet exemple fait voir que la classification juridique intermédiaire possède une grande originalité et qu'elle n'est pas légitimée par la constitution. Il est vrai que cette juridiction constitutionnelle extensive trouve une quasi-légitimation dans ce qu'on pourrait nommer un consensus politique. Partant du fait que des parlements, des partis et des groupements quelconques ne se montrent pas capables de compromis, on accepte donc, par consensus, que des arbitres ou des juges décident dans des contestations qui ne peuvent être réglées. Un consensus intervient donc à la place du contrat social. Mais un contrat social, un consensus ou des arrangements consensus tels que des conventions ou des échanges verbaux sont fondamentalement différents. Le contrat social possède un caractère politico-obligatoire, alors que le consensus ou la convention est modifiable à tout moment. Dans la fonction croissante de la juridiction constitutionnelle, on peut donc apercevoir une réduction, ou une dissolution du contrat social par des conventions, ou par un consensus.

Dans le règlement dialogué d'un conflit devant un tribunal constitutionnel, dans lequel toutes les parties présentent leurs arguments et se soumettent à la décision du juge-arbitre, apparaît nettement la nature du consensus. Il est réservé aux

parties de reprendre leurs demandes ou de refuser le consensus, à l'occasion du prochain différend. Le consensus ou la structure dialoguale du règlement moderne des conflits n'est pas un développement du pacte social. mais finalement le remplacement du jus strictum du pacte social, par un jus dispositivum. Par là, la stabilité nécessaire et la sécurité du droit qui constituent pourtant l'idée fondamentale de la juridiction ne sont pas renforcées, mais affaiblies de manière décisive. Non seulement la juridiction constitutionnelle exagérée mène à une extension antidémocratique de l'expertocratie, mais à un affaiblissement de la sécurité du droit dans toute communauté.

LITERATUR ZUR VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

M. Bender - Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichterlicher Entscheidungen, Heidelberg 1991

Chr. Gusy - Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985

Chr. Gusy - Die Verfassungsbeschwerde, Heidelberg 1988

Chr. Pestalozza - Verfassungsprozessrecht, München 1991

K. Schlaich - Das bundesverfassungsgericht, München 1991

Chr. Starck - Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Budnesverfassungsgerichts, Tübingen 1976

R. Zuck - Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 1988

NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PARLEMENTAIRE FRANÇAIS

Par

Alain DELCAMP
Directeur du Service des Commissions du Sénat,
Professeur à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence (France)

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME ET SPÉCIFIQUE
A - Le droit parlementaire, droit autonome
B - Spécificités du droit parlementaire et place de la jurisprudence
1 - Spécificités des buts
2 - Spécificités des sources
a) La Constitution, les "lois organiques" et la loi
b) Le Règlement et les autres sources écrites autonomes
c) Coutumes, conventions et jurisprudence

II - JURISPRUDENCE ET DROIT PARLEMENTAIRE
A - Faiblesse de la jurisprudence classique et essor de la jurisprudence constitutionnelle
1 - Le droit parlementaire n'est que marginalement affecté par la jurisprudence des tribunaux ordinaires
2 - La jurisprudence constitutionnelle, source et limites du droit parlementaire
B - La constitution progressive d'une "auto-jurisprudence"
1 - Climat parlementaire et modes d'élaboration du droit
2 - L'auto-jurisprudence "*secundum legem*"
3 - L'auto-jurisprudence "*praeter legem*"
4 - L'auto-jurisprudence "*contra legem*"

CONCLUSION

Le sujet ainsi posé peut surprendre. Il peut même appeler une question de principe : celle de la place d'un tel rapport dans un colloque consacré à la nature et au rôle de la jurisprudence dans le système juridique et envisagé sous l'angle de la comparaison des systèmes de droit.

En tout état de cause, il s'agit d'un sujet restreint et très spécifique, mais la méthodologie juridique qui est la science de la formation du droit peut aussi bien se satisfaire de grandes fresques que d'études ponctuelles, l'important étant de saisir le droit en train de se faire et de juger de ses évolutions. A cet égard, même si l'on doit s'interroger sur la notion même de droit parlementaire et de sa place dans le système de droit, on ne peut nier que le Parlement, lieu de création de ce corps de règles spécifiques, est en soi un véritable laboratoire de création juridique. Lieu collégial où se construit le droit, quel que soit le système juridique considéré, le Parlement a besoin pour cela de ses propres règles.

La deuxième question est de savoir si ce droit peut constituer un exemple de l'intervention de la jurisprudence dans l'élaboration de la règle de droit. La diversité des sources du droit parlementaire -Constitution, loi organique, jurisprudences constitutionnelles, usages, précédents, coutume, conventions- peut permettre de le penser, mais cette énumération même montre que la jurisprudence n'en constitue que l'un des aspects. Aussi, à défaut de pouvoir être défini comme un droit dans lequel la jurisprudence joue un rôle majeur, le droit parlementaire peut-il apparaître comme l'un de ceux qui permettent le mieux d'en cerner la nature. A côté d'une jurisprudence au sens classique, sanctionnée par un juge, il est en effet un lieu particulier de création de pratiques qui, par leur répétition et la force juridique qui leur est reconnue, peuvent être constitutives, pour reprendre une expression de Michel Laflandre, d'une véritable "auto-jurisprudence".

I - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME ET SPÉCIFIQUE

La première question qu'il convient de se poser est de savoir si le droit parlementaire peut être, en soi, objet d'étude et s'il existe bien comme branche autonome du droit.

Il appartiendra ensuite de déterminer si, en dépit de son mode spécifique d'élaboration, il peut être suffisamment exemplaire pour apporter un éclairage sur le rôle de la jurisprudence dans la formation du droit.

A - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME

Le droit parlementaire est le droit qui régit l'institution parlementaire, soit le symbole même d'une forme de démocratie considérée comme la moins mauvaise de toutes. Ce faisant, il n'est pratiqué que par un petit nombre (la Chambre des communes britannique, qui est la plus nombreuse d'Europe, ne compte que 650 membres). C'est donc un droit d'initié et, de ce fait, en dépit d'évolutions récentes, peu connu.

On est en droit de se demander également s'il est un droit suffisamment universel pour pouvoir être pris en exemple. La réponse sur ce point semble devoir être positive : l'Union interparlementaire a ainsi pu dénombrer, en 1989, 145 parlements dans le monde, ceux-ci occupant des places variables dans les systèmes politiques dans lesquels ils fonctionnent. A côté des parlements européens qui

assurent une "fonction décisive" (1) coexistent des parlements à la fonction plus "symbolique". Tous assurent cependant une fonction de représentation et les attributions qui en découlent (législation et contrôle budgétaire), même si le poids du système des partis peut conduire à une certaine "déformation de l'image collective" (partis uniques ou "fronts populaires" des anciennes démocraties). Les années récentes prouvent toutefois que la constitution de parlements à la suite d'élections libres et pluralistes constitue le passage obligé vers la démocratie. Parlementarisme et droit parlementaire deviennent, à travers les missions dites d'"ingenierie institutionnelle" des articles d'exportation.

Si le parlementarisme et la délibération collective comme source d'élaboration de la règle de droit principale qu'est la loi sont ainsi des références incontestées, *le droit parlementaire a, en tant que tel, quelque mal à affirmer son autonomie*. Corps de règles régissant l'une des institutions majeures de l'État, il peut, à côté des "conventions de la constitution", constituer l'essence même du droit constitutionnel dans les pays de common law dépourvus de Constitution écrite. Dans les systèmes marqués par le "constitutionnalisme" et une évolution vers la rédaction de constitutions de plus en plus détaillées, il a en revanche quelque mal à s'en distinguer. Il n'en constitue souvent que l'une des branches et son importance est plutôt sous-estimée.

Dans la tradition juridique française qui est, après la Grande-Bretagne -"mère des parlements"-, la plus marquée par le parlementarisme, -au point d'avoir confondu longtemps souveraineté nationale et souveraineté du parlement (2) et lui avoir sacrifié stabilités gouvernementale et constitutionnelle-, le droit parlementaire considéré comme une branche autonome du droit n'est apparu qu'assez tard.

C'est en 1893, en effet, plus de cent ans après la mise en place des premières assemblées (lesquelles privilégièrent l'expérience des assemblées du clergé (3)) que paraît la première édition du Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre, secrétaire général de la Chambre des députés.

Il ne s'agissait pourtant que d'un recueil pratique à l'image de ce qui avait été réalisé dès 1844 par son collègue des communes Thomas Erskine May ou par Thomas Jefferson (4), futur président des États-Unis lorsqu'il présidait le Sénat à la fin du XVIIIe siècle.

L'"inventeur" de la discipline comme objet de recherche et d'enseignement, en dépit de quelques précédents ponctuels, fut cependant le doyen Marcel Prelot, ancien président de la commission des lois de la Chambre des députés et ancien sénateur à la fin des années cinquante qui l'enseigna à l'institut d'études politiques de Paris (5).

---

(1) Didier Maus. Article "Parlements" du dictionnaire constitutionnel (direction de O. Duhamel et Y. Mény).

(2) d'où l'expression de "*parlementarisme absolu*" que l'on rencontre sous la plume de Carré de Malberg.

(3) L'influence de Sieyès fut déterminante pour repousser la référence à l'expérience anglaise souhaitée par Mirabeau (P. Avril et J. Gicquel - Droit parlementaire 1988, p. 2), mais cette affirmation est nuancée par les études de André Castaldo (les méthodes de travail de la Constituante, Paris 1989) Ce n'est que plus tard, sous la Restauration, que le parlementarisme à l'anglaise servira de référence privilégiée. Michel Debré lui-même, qui en était un fervent admirateur, y fit référence pour introduire, en France, la notion de parlementarisme rationalisé, inconnue en Angleterre, mais qui permettrait d'obtenir en France par les lois ce que les Anglais obtenaient par les moeurs.

(4) Traduit en français sous le titre : Manuel du droit parlementaire ou Précis des règles suivies dans le Parlement d'Angleterre et le Congrès des États-Unis, pour l'introduction, la discussion et la décision des affaires ; *compilé* à l'usage du Sénat des États-Unis.

(5) Droit parlementaire français. Université de Paris. Institut d'études politiques 1957-1958. "Le droit parlementaire n'est pas un chantier, mais une construction ; nous avons l'ambition d'édifier un droit, c'est-à-dire non seulement d'observer les règles existantes –ce qui est indispensable– mais d'ordonner ces règles, de voir comment elles s'agencent pour former des entités qui sont proprement l'objet de la science du droit" (p. 48).

Il devait en donner une double définition, qui demeure une référence pour Pierre Avril et Jean Gicquel, auteurs du premier manuel de droit parlementaire, paru en 1988 (6).

D'un point de vue matériel, le droit parlementaire est, pour Marcel Prelot, "cette *partie* du droit constitutionnel qui traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des assemblées politiques (7)".

La deuxième définition, qui nous intéresse davantage, se place du point de vue de la *nature de ses normes*. "Dans le second sens, le droit parlementaire se définit comme le *droit spécial des assemblées* : il désigne *la "légalité" particulière qui exprime leur traditionnelle autonomie et qui résulte de leur pouvoir d'auto-organisation*. Cette légalité spéciale s'interpose entre la légalité générale (notamment d'ordre constitutionnel) qu'elle est naturellement tenue de respecter et les personnes qui sont placées dans sa dépendance et auxquelles elle s'applique directement" (8).

Le droit parlementaire est ainsi "*l'ensemble des règles écrites ou coutumières que suivent les membres des assemblées politiques dans leur comportement individuel ou collectif*".

La place des dispositions non écrites apparaît ainsi comme l'une des spécificités de ce droit.

B - SPÉCIFICITÉS DU DROIT PARLEMENTAIRE ET PLACE DE LA JURISPRUDENCE

1 - Spécificités des buts

Le droit parlementaire s'efforce d'abord de répondre à un *problème pratique* : celui de réglementer le débat de manière à permettre une décision. Il est ainsi d'abord et surtout un *droit d'organisation*.

En relève aussi naturellement la définition des différents organes tant institutionnels qu'administratifs nécessaires à la préparation de ces décisions (commissions) et à l'expression de la représentation (groupes politiques).

Sa spécificité provient de la *combinaison constante de cet aspect pratique et de la mise en oeuvre des finalités mêmes d'un système politique démocratique* : l'organisation de l'expression égale de l'ensemble des opinions.

A cet égard, le droit parlementaire s'efforce de préserver les capacités d'expression tant individuelles (la notion de groupe politique ne fut reconnue dans le règlement de la chambre des députés française que le 1er juillet 1910) que collectives. Cette faculté d'expression peut être réglementée pour des considérations d'ordre pratique, mais cette réglementation n'est que rarement liée et, a fortiori, subordonnée à des notions de représentativité. L'expression est d'abord individuelle et son respect se déduit de ce que chaque représentant est non seulement une partie du souverain mais le souverain lui-même (d'où le refus, de principe, du mandat impératif qui pourrait nuire à l'expression de la souveraineté).

Droit d'organisation, le droit parlementaire est aussi un droit *de protection*. C'est ainsi que le statut personnel du parlementaire (sous le double aspect de son irresponsabilité et de son inviolabilité), dans la conception classique, en relève tandis que le principe d'autonomie -toujours dans la conception classique- en vigueur

(6) Ouvrage précité. Éditions Monchrestien, Paris, p. 261.
(7) Cours de droit parlementaire français. o.p. p. 5. L'expression "assemblée politique" est la traduction de l'opinion dominante dans la doctrine constitutionnelle et administrative française selon laquelle, avant la décentralisation, seules pouvaient être qualifiées de "politiques" les élections nationales, les élections locales ne pouvant être, quant à elles, que des élections administratives.
(8) P. Avril, J. Gicquel. o.c. p. 2.

d'ailleurs dans la plupart des pays, entraîne que les assemblées soient seules juges de l'élection de leurs membres.

Le droit parlementaire est aussi et fondamentalement un droit de protection de la minorité. La règle, certes, est fixée par la majorité, mais la prudence et les alternances propres au régime démocratique font qu'un certain équilibre doit être assuré en permanence.

Le droit parlementaire est, en troisième lieu, un droit constituant dans la mesure où il organise ou précise les voies et moyens par lesquels sont assurés devant et par les chambres la responsabilité des gouvernements et le contrôle de leur action quotidienne.

Ces traits fondamentaux expliquent qu'Eugène Pierre, au temps du parlementarisme triomphant de la IIIe République, ait pu considérer que le règlement qui "n'est en apparence que la loi intérieure des assemblées, un recueil de prescriptions destinées à faire procéder avec méthode une réunion où se rencontrent ou se heurtent beaucoup d'inspirations contradictoires. En réalité, c'est un instrument redoutable aux mains des partis ; *il a souvent plus d'influence que la constitution sur la marche des affaires publiques*" (9).

Cette citation est à la fois significative de l'autonomie traditionnellement laissée aux assemblées pour leur organisation (autonomie qui pourrait être la source et le fondement d'une "auto-jurisprudence" (10)), mais elle s'applique mal à l'évolution qui a marqué l'institution parlementaire -en France tout particulièrement, mais pas uniquement- et qui s'est caractérisée par le développement de *règles supra-réglementaires* ; celles-ci ont contribué également à accroître l'importance du droit écrit par rapport aux pratiques ou à la coutume.

Aussi bien, l'une des caractéristiques du droit parlementaire d'aujourd'hui est-elle aussi la *très grande diversité de ses sources*.

2 - Spécificités des sources

L'élaboration du parlementarisme a été très progressive (11), si bien que le droit parlementaire a pu sembler, même dans des pays de droit écrit, comme étant fortement marqué par la coutume (12).

Cette appréciation n'est plus exacte aujourd'hui, surtout en France où la Constitution de 1958 a fortement accentué une évolution générale, réduisant considérablement la capacité créatrice des assemblées de leur propre droit, mais introduisant, à l'inverse, la jurisprudence constitutionnelle au rang des sources du droit parlementaire.

Les pays dépourvus de Constitution écrite font aujourd'hui figure d'exception et c'est précisément dans le *texte constitutionnel* lui-même que le droit parlementaire trouve sa première source et ce, d'autant plus, que les Constitutions

---

(9) E. Pierre. Traité précité n° 445.

(10) Cette autonomie, qui pourrait n'être que la traduction du principe de la séparation des pouvoirs au bénéfice du pouvoir législatif allait en France bien au-delà : elle était le fondement de l'affirmation de la toute puissance parlementaire et le symbole d'un état d'esprit : "d'une façon générale, le droit parlementaire français continue d'être orienté dans le sens de l'indépendance vis-à-vis du gouvernement et de la liberté des débats plutôt qu'en vue de son soutien et de leur efficacité". Marcel Prelot, cours précité, p. 26.

(11) Marcel Prelot situe la formation coutumière du régime parlementaire en Angleterre entre 1689 et 1837.

(12) La France elle-même ne fait pas exception à la règle : pour ne prendre que quelques exemples, le principe de la responsabilité ministérielle non prévu par les textes apparaît sous la Restauration ; c'est la coutume qui est à l'origine de l'émergence, sous la IIIe République, de la fonction de Président du Conseil, de même que la reconnaissance du droit pour le Sénat de renverser le ministère.

apparaissent comme de plus en plus détaillées. Le droit constitutionnel est donc ainsi à la fois "le fondement et l'abrégé du droit parlementaire" (13).

a) La constitution, les "lois organiques" et la loi

C'est dans la loi fondamentale allemande et non dans le règlement du Bundestag qu'apparaît pour la première fois la "motion de défiance constructive" qui servira de modèle pour nombre d'institutions. C'est la Constitution également qui règle en général les procédures d'élaboration de la loi dans les États qui ont adopté un système bicaméral. Les nouvelles Constitutions y consacrent d'importants développements : à défaut d'avoir pu mettre au point une Constitution entièrement nouvelle, la Pologne s'est donnée le 17 octobre 1992 une "petite Constitution" destinée à régler "les relations mutuelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif". La Constitution roumaine, approuvée par référendum le 8 décembre 1991, comporte une section spécialement consacrée à la "procédure législative" (art. 72 à 79) tandis que le nouveau projet de révision de la Constitution belge, non encore définitivement adopté, consacre de longs développements aux nouveaux rapports entre Chambre des députés et Sénat et à la mise en oeuvre de la responsabilité gouvernementale (tentative de création d'un "gouvernement de législature").

Il se peut que la Constitution révèle, d'autre part, une volonté non seulement d'encadrer mais aussi de réduire l'autonomie du parlement. La Constitution française de l'An III (1795), soucieuse d'éviter le retour à une dictature d'assemblée, était volontairement minutieuse et réduisait la place du Règlement, norme écrite autonome des assemblées. Elle est, à cet égard -mais à cet égard seulement-, l'ancêtre de la Constitution de 1958 qui introduit le "parlementarisme rationalisé". Celui-ci *soustrait des pans entiers au domaine du droit parlementaire* (le contrôle des élections notamment), organise des procédures destinées à assurer la stabilité gouvernementale qui s'imposent aux règlements des assemblées, prend ouvertement le contrepied des traditions parlementaires les mieux établies (cantonnement du domaine de la loi, ordre du jour prioritaire, discussion sur la base du texte du gouvernement, fixation du nombre des commissions).

L'exemple français est également très représentatif du fait que les Constitutions sont souvent complétées par des *lois dites organiques*, dont l'élaboration obéit à des procédures spéciales et dont beaucoup contiennent des dispositions très détaillées concernant le Parlement.

L'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances définit avec précision les règles relatives à la procédure budgétaire. Elle s'inscrit d'ailleurs à la suite d'une première entorse importante à la souveraineté des assemblées en matière réglementaire. La procédure budgétaire avait déjà en effet fait l'objet d'un décret-loi à la fin de la IVe République (décret-loi du 19 juin 1956) (14). Cette notion de loi organique n'est pas propre à la France. Elle a été reprise notamment, à l'époque contemporaine, par des pays comme l'Espagne ou la Roumanie.

La loi elle-même peut naturellement être une source du droit parlementaire. C'est une loi ordinaire qui, en France, a notamment introduit les règles constitutives des commissions d'enquête ou de contrôle (ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires). Cette même loi précise le régime des pétitions et confirme les conditions de l'autonomie financière

(13) Marcel Prelot. o.p. p. 18.
(14) Marcel Prelot en explique parfaitement la genèse. Il fut en quelque sorte la réponse à l'incapacité des assemblées à s'auto-réformer. o.c. Tome IV. Le pouvoir et les procédures parlementaires, p. 5-6.

des assemblées. Elle fut notamment modifiée le 6 juillet 1979 et le 8 juillet 1983 pour instituer les délégations parlementaires pour les communautés européennes et l'office parlementaire des choix scientifiques et technologiques. On voit donc que la loi peut désormais être retenue pour déterminer l'organisation interne des assemblées elle-même.

b) Le Règlement et les autres sources écrites autonomes

A ces sources écrites traditionnelles, s'ajoutent des sources écrites plus spécifiques au premier rang desquelles figure le *règlement*, principale source de la "légalité intérieure" des assemblées. Celui-ci a pour caractéristique d'émaner de résolutions débattues hors de la présence du gouvernement (ce qui, en soit, constitue une coutume) par chaque assemblée en son sein.

Le règlement d'assemblée s'oppose à la loi en ce qu'il *est l'oeuvre de la seule assemblée intéressée et qu'il ne fait pas l'objet d'une promulgation.* De ce fait, il ne saurait représenter l'expression de la volonté générale.

Ses dispositions sont de plus en plus détaillées, *accentuant l'évolution du droit parlementaire vers le droit écrit.* C'est ainsi que le Règlement de l'Assemblée nationale française ne comporte pas moins de 164 articles répartis en 41 chapitres et celui du Sénat 110, ordonnés en 19 chapitres. Nombre de ces dispositions trouvent d'ailleurs leur origine dans des règlements antérieurs, ce qui confirme que les dispositions réglementaires peuvent, à certains égards, être indépendantes des dispositions constitutionnelles et constituer des éléments de continuité à travers les différents régimes politiques. Tout en étant écrit, le Règlement peut donc être considéré comme étant lui-même porteur de la tradition parlementaire.

Cette importance de l'écrit est, comme le fait observer Jean-Louis Pezant (15), une réalité que l'on peut constater à l'époque contemporaine dans de nombreuses assemblées parlementaires. Cette importance semble d'ailleurs d'autant plus grande que l'assemblée est plus récente : si le Règlement du Bundestag compte 128 articles -mais complétés par d'abondantes directives- et celui de la Chambre des députés italienne 153, celui du Congrès des députés espagnol en comporte 207 "d'un texte souvent serré". La chambre des communes elle-même n'échappe pas à cette évolution. Contrairement à l'idée généralement répandue, il existait des règles écrites dès 1707 (16) et les principaux "*standing orders*" sont rassemblés dans un règlement (*The Manual of Procedure in the Public Business*) ainsi que les "*Rulings of the Chair*", c'est-à-dire les décisions prises par le *speaker* ou le *chairman* de la Chambre entière. C'est le règlement en particulier qui détermine les différentes "lectures" auxquelles doivent être soumis les textes.

Le Règlement est lui-même *complété par d'autres dispositions écrites* -et c'est une autre caractéristique du droit parlementaire- *élaborées par des autorités différentes au sein même des assemblées.* Le Règlement de l'Assemblée nationale et du Sénat sont ainsi complétés par une instruction générale du Bureau (28 articles à l'Assemblée, pages roses ; 22 au Sénat, pages jaunes) qui détermine en particulier les modalités de délégation du droit de vote ou le fonctionnement des commissions. Cette instruction général est elle-même complétée par des arrêtés du Bureau ou (en ce qui concerne les aspects matériels du fonctionnement des assemblées (17)) du Conseil de questure.

---

(15) Quel droit régit le Parlement ? Pouvoirs. Presses universitaires de France n° 64. 1993, p. 63 et suivantes.
(16) J.L. Pezant. o.c.
(17) Les éléments matériels peuvent toutefois revêtir une portée politique, par exemple lorsqu'il s'agit de définir les moyens mis à disposition des différentes commissions d'enquête mises en place.

c) Coutumes, conventions, jurisprudence

La "*coutume*" parlementaire ne vient qu'ensuite mais, comme on le verra, elle demeure un complément indispensable et important de formation du droit, soit qu'elle complète les textes, les interprète ou s'y substitue. Si l'on retrouve dans l'élaboration du droit parlementaire les éléments constitutifs de la coutume (la répétition, le temps et l'"*opinio juris*"), *celle-ci est toujours réversible* (18). C'est la raison pour laquelle nombre d'auteurs préfèrent parler de *droit parlementaire non écrit* à qui ils ne reconnaissent, en l'absence d'intervention du juge, que "*l'autorité de chose décidée*" (19). A la différence de la coutume proprement dite en effet, qui "naît des habitudes de ceux qui la suivent" (20), *l'évolution du droit parlementaire se fait le plus souvent par le biais d'"interprétations" qui constituent autant de "précédents" et qui émanent d'autorités dotées d'un pouvoir de décision (président, bureau, conférence des présidents, commissions, assemblée elle-même).*

Droit politique, créé par des acteurs politiques, le droit parlementaire non écrit implique aussi, pour devenir effectif, un concours de volonté plus manifeste que la simple "opinio juris". Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'accord soit formulé de manière explicite mais chacun sait que tout accord repose sur le maintien du consensus (21). C'est la raison pour laquelle, plutôt que de parler de coutume parlementaire, on préfère insister aujourd'hui sur le caractère *conventionnel* du droit parlementaire non écrit (22) et ce d'autant plus que sa formation peut nécessiter l'accord du Gouvernement (exemple de la création coutumière des questions au Gouvernement, à l'Assemblée nationale et au Sénat).

Dans un tel contexte, le rôle de la jurisprudence peut sembler pour le moins limité dans le processus de formation du droit. De fait, la jurisprudence conçue comme un mode de formation du droit par l'autorité d'un juge ne trouve que peu d'occasion de se manifester, ne serait-ce qu'en raison du principe de la séparation des pouvoirs qui s'oppose à l'intervention du juge ordinaire dans le fonctionnement du pouvoir législatif. Celui-là se déclare d'ailleurs le plus souvent incompétent.

Le développement du constitutionnalisme a toutefois généré une intervention jurisprudentielle spécifique à travers l'essor des procédures de contrôle de constitutionnalité. La "légalité interne" des assemblées peut s'en trouver désormais affectée.

Paradoxalement, cet essor même du contrôle a entraîné un renouveau de l'élaboration conventionnelle qui, ajouté aux formes traditionnelles que constituent les usages et les précédents, fait du Parlement le créateur d'une véritable "auto-jurisprudence". En dépit du caractère abusif que peut sembler revêtir l'emploi d'un tel qualificatif à propos d'un mode d'élaboration du droit dont le juge est totalement

(18) Le précédent, écrit Eugène Pierre, "pourra être invoqué lorsqu'une difficulté analogue surgira, à l'esprit duquel il sera toujours bon de se référer, mais qui ne liera de façon absolue ni l'Assemblée, ni le Président".

(19) Jean-Louis Pezant. Le contrôle de la recevabilité des initiatives parlementaires. Revue française de science politique, 1981, p. 153.

(20) Marcel Prélot, o.c., p. 35. On pourra parler alors d'usage, même si l'usage n'a pas la force juridique prêtée à la coutume et fait intervenir des notions de comportement.

(21) Parmi les éléments de ce consensus, figure aussi, justement, l'idée qu'il existe des "usages constants", voire une "jurisprudence constante" (cf. intervention de M. Jacques Guyard, député, à l'Assemblée nationale, le 17 décembre 1987, qui fait référence à celle-ci : "Dans l'"interprétation habituelle de l'article 93 qui concerne l'organisation des séances, la jurisprudence constante de l'Assemblée, respectée par tous ses présidents et vice-présidents...". J.O. Débats Assemblée nationale, p. 7634

(22) P. Avril et J. Gicquel, o.c., p. 18.

absent (23), la doctrine aujourd'hui se risque néanmoins à l'employer. Elle peut constituer en tout cas une réponse adaptée au caractère hétérodoxe du droit non textuel qui régit le Parlement, "dont on peut seulement dire qu'il est une *jurisprudence qui n'aurait pas l'autorité de la chose jugée*" (24).

II - JURISPRUDENCE ET DROIT PARLEMENTAIRE

L'existence puis le développement d'une jurisprudence constitutionnelle a été ressentie comme une réduction de l'autonomie des assemblées et de leur faculté de création du droit qui les régit.

Tout en conservant néanmoins, à titre subsidiaire, les modes traditionnels d'élaboration d'un droit parlementaire non écrit, elles ont trouvé dans cette contrainte nouvelle une incitation à développer de nouvelles formes de création de droit dont la moindre n'est pas le dialogue amorcé entre jurisprudence externe et jurisprudence interne.

A - FAIBLESSE DE LA JURISPRUDENCE CLASSIQUE ET ESSOR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

1 - Le droit parlementaire n'est que marginalement affecté par la jurisprudence des tribunaux ordinaires

Il n'y a pas normalement d'occasion pour les tribunaux ordinaires, au nom de la séparation des pouvoirs, de peser sur le droit parlementaire. Tout au plus, le droit régissant les assemblées peut-il en être marginalement affecté. Il existe toutefois des zones de recouvrement théoriques possibles entre droit parlementaire et jurisprudence des tribunaux mais qui n'impliquent pas néanmoins une collaboration des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'autonomie des assemblées *entraînent une incompétence de principe des tribunaux à l'égard du Parlement*. Cela est vrai pour les tribunaux judiciaires, sous réserve de l'application, notamment, des règles de la responsabilité civile ; cela est également vrai, en principe, pour les tribunaux administratifs qui peuvent avoir à connaître de la situation individuelle des fonctionnaires des assemblées. La jurisprudence même à cet égard est cependant fort peu développée dans la mesure où le Conseil d'État considère que les litiges entre les assemblées et leur personnel sont de la compétence de celles-ci et qu'il s'interdit d'apprécier la légalité des règlements pris par le président ou les questeurs (Conseil d'État, 31 mai 1957, Girard). Le législateur a d'ailleurs consacré cette jurisprudence (25).

Quand bien même cette jurisprudence viendrait à évoluer, elle ne saurait être considérée comme l'une des sources du droit parlementaire puisqu'elle n'interfère pas avec la dimension constitutionnelle et politique du rôle des assemblées.

Des zones de contact possibles *entre droit parl*ementaire et jurisprudence des cours et tribunaux *sont cependant apparues* avec le développement des *procédures*

(23) mais à qui il arrive d'être conditionné par lui, soit que l'auto-jurisprudence tienne compte de certains éléments de jurisprudence préexistants (juge constitutionnel), soit qu'elle constitue, comme on le verra ci-après, une manière pour le Parlement d'éviter l'intervention de son juge.

(24) J. L. Pezant, Pouvoirs, article précité, p. 73

(25) L'article 31 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 introduisant un troisième alinéa à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative aux assemblées parlementaires, précise notamment, après avoir confirmé que les fonctionnaires des assemblées sont des fonctionnaires de l'État –mais des fonctionnaires auxquels ne s'applique pas le statut général (art. 2 de cette même loi)– que "la juridiction administrative est appelée à connaître de tous les litiges d'ordre individuel concernant ces agents".

d'enquête et de contrôle, notamment après l'intervention des lois n° 77-807 du 19 juillet 1977 principalement et n° 91-698 du 20 juillet 1991, accessoirement modifiant l'ordonnance du 17 novembre 1958 précitée relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

La procédure devant les commissions d'enquête s'apparente dans la forme aux procédures suivies devant les tribunaux judiciaires. Il existe d'ailleurs au sein des assemblées un courant favorable à une reconnaissance de ce rôle quasi-juridictionnel (26).

Si le texte de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prend bien soin de préciser qu'"il ne peut être créé de commission d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que des poursuites sont en cours", la frontière exacte entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas laisse malgré tout une assez large place à l'appréciation. Cette incertitude est en général levée grâce à une concertation (coutumière) entre la commission chargée de se prononcer sur la recevabilité des propositions de résolution tendant à créer une commission d'enquête et le garde des sceaux. L'interdiction législative est appréciée de manière de plus en plus large et toujours au bénéfice du Parlement. L'existence d'une instance judiciaire n'est pas en soi considérée comme un obstacle suffisant (27) et il existe au moins un cas où un juge d'instruction a considéré qu'il lui était possible d'apporter son témoignage dans le cadre de travaux d'une commission d'enquête qui n'étaient pas sans lien avec le dossier dont il était lui-même chargé (28). Les propositions du comité consultatif pour la révision de la constitution, présentées le 15 février 1993, vont d'ailleurs dans le sens indiqué par la pratique : "Le comité a estimé, après un large débat, que l'interdiction faite aux commissions parlementaires d'enquête d'interférer avec le déroulement des procédures judiciaires pouvait être tempérée avec prudence." Il a donc proposé d'introduire dans la constitution un nouvel article 43-1 relatif aux commissions d'enquête précisant simplement que celles-ci "ne (pouvaient) se prononcer sur les responsabilités personnelles encourues à l'occasion de faits donnant lieu à des poursuites judiciaires" (29).

La procédure des commissions d'enquête s'apparente à l'audition d'un témoin devant un tribunal. Celui-ci est tenu de comparaître et de prêter serment, et est susceptible d'être poursuivi pour faux témoignage.

---

(26) C'est ainsi que lors des travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1991 qui a modifié leur régime juridique, la comparaison entre les pouvoirs des commissions d'enquête et ceux des juridictions pénales a été au coeur des débats sur les conditions de comparution et les mesures destinées à assurer le respect de leurs décisions. Le ministre de la justice penchait pour une égalité parfaite tandis que le rapporteur de la commission des lois du Sénat se déclarait nullement choqué par l'octroi aux commissions d'enquête de "pouvoirs supérieurs aux juridictions pénales" - Séance du 29 juin 1991, p. 2307 à 2310.

(27) Comme le montre l'examen de la résolution sénatoriale "tendant à la création d'une commission d'enquête visant à déterminer les conditions d'application et les conséquences de la réglementation communautaire applicable à la filière laitière, notamment en matière de quotas laitiers, d'existence de fraudes ou de distorsions de concurrence ainsi qu'à proposer des solutions pour remédier à des insuffisances constatées", n° 396 (1990-1991) du 18 juin 1991. Bien que le garde des sceaux, consulté par le Président du Sénat, lui-même sollicité selon une jurisprudence établie par le président de la commission des lois, juge de la recevabilité, ait fait connaître par lettre "qu'une enquête de police judiciaire ordonnée par un procureur de la République, est actuellement en cours sur des faits de fraude mettant en cause une société et une coopérative laitière", la commission d'enquête fut néanmoins créée et remit son rapport (n° 341, 1991-1992), lequel évita toutefois les interférences avec les instances en cours.

(28) L'audition eut lieu à huis clos et son existence même n'apparaît que de manière très indirecte dans le compte rendu des auditions publiques auxquelles a procédé la commission (rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous les éléments d'information sur les conditions dans lesquelles il a été décidé d'admettre sur le territoire français M. Georges Habache, dirigeant du Front populaire de libération de la Palestine (F.P.L.P.), créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 15 avril 1992 n° 424 (1991-1992), p. 253 (intervention de M. Jean-Luc Melenchon)

(29) Rapport au Président de la République - Paris - La documentation française, 1993, p. 63.

A côté d'incriminations spécifiques (refus de comparaître, non-communication de documents), ces diverses obligations sont sanctionnées sur la base d'incriminations générales (faux témoignage ou subornation de témoins) figurant dans le code pénal. La jurisprudence des tribunaux judiciaires est donc un élément important d'appréciation pour décider de l'applicabilité des sanctions prévues par la loi (30).

Il en est de même pour l'interprétation de la notion de secret, qu'il s'agisse du secret applicable aux travaux (et qu'il convient de rapprocher des règles régissant le secret professionnel avec lesquelles elle peut se trouver en conflit) ou des différents "secrets" opposables aux rapporteurs de ces mêmes commissions ("défense nationale", "affaires étrangères", "sécurité intérieure et extérieure de l'État").

Une autre zone de recouvrement inévitable celle-là tient à l'*application des immunités parlementaires*. Des "commissions ad hoc" sont ainsi chargées par les règlements des assemblées d'examiner la recevabilité des "demandes de levée d'immunité parlementaire" présentées à l'encontre d'un député ou d'un sénateur ou des "propositions de résolution déposées en vue de requérir la suspension des poursuites engagées contre un député ou un sénateur ou la suspension de sa détention". Depuis le début de la Ve République, 18 députés et 6 sénateurs ont fait l'objet d'une demande d'autorisation qui n'a été accordée que pour 3 députés. 24 demandes de suspension (16 sénateurs et 8 députés) ont été formulées et il a été fait droit à 16 d'entre elles (10 députés et 6 sénateurs). La stabilité des rapporteurs et des présidents requise par la très grande spécialité de la matière a été l'occasion de l'élaboration d'une véritable jurisprudence (qui sera évoquée ci-après).

Des commissions spécialement élues enfin doivent examiner les propositions de résolution portant mise en accusation devant la *Haute Cour de justice*. Il leur appartient, en particulier, de vérifier l'existence d'un exposé sommaire des faits mais aussi, et surtout, la qualification juridique qui en est donnée afin d'assurer la pertinence des "*dispositions législatives en vertu desquelles est exercée la poursuite*" (31).

En dépit de leur importance symbolique et pratique, ces zones de recouvrement sont infiniment moins nombreuses que lorsque, conformément à la tradition parlementaire, les chambres sont elles-mêmes juges de l'élection de leurs membres.

En France, cette compétence a été transférée au juge constitutionnel, lequel a également été chargé, en 1958, de vérifier la constitutionnalité du règlement des assemblées et d'assurer ainsi la suprématie des règles constitutionnelles sur l'autonomie des assemblées.

2 - La jurisprudence constitutionnelle, source et limites du droit parlementaire

Cette soumission du règlement au juge constitutionnel a suscité dès l'origine un débat de principe. N'emportait-elle pas un changement de nature du droit parlementaire ? (32). L'usage fait par la haute juridiction de cette compétence nouvelle a été parfois assez rudement ressentie par les assemblées.

---

(30) Le Bureau du Sénat a eu à statuer récemment sur l'applicabilité du délit de faux témoignage à l'occasion de déclarations effectuées sous serment devant la commission d'enquête sur le système transfusionnel français en vue de son éventuelle réforme.

(31) Art. 18 de l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique de la Haute Cour de justice.

(32) Tel fut l'un des thèmes des entretiens organisés par l'association française de science politique au mois de mai 1965 : "Le parlementarisme peut-il être limité sans être annihilé ?"

Le contrôle des règlements s'entend non seulement à l'égard de la constitution mais aussi des "lois organiques prévues par elle, ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions" (décision n° 66-28 DC du 8 juillet 1966). Le Conseil constitutionnel devait marquer également dès le début qu'il se référait au *texte même de la constitution* et non comme l'auraient souhaité certains commentateurs, à la "tradition représentative et parlementaire française" (33). Dès l'origine, le contrôle par le Conseil constitutionnel introduit en effet une rupture sensible avec cette tradition marquée par la déclaration de non conformité des "résolutions", en vigueur sous les Républiques précédentes. Si l'Assemblée nationale tire les conséquences de cette décision rapidement, il n'en est pas de même pour le Sénat, soucieux de "marquer sa déférence pour le Conseil constitutionnel et son désaccord sur le fond" qui attendit plus d'un an (juin 1959 à octobre 1960) pour mettre son règlement en conformité avec la décision.

Le contrôle ne s'applique toutefois qu'aux seuls règlements, à l'exclusion par conséquent des décisions prises par les autorités internes à l'assemblée et habilitées à cet effet (34).

L'effectivité du contrôle du Conseil est assurée par les conditions de son intervention, qui veulent que toutes les résolutions tendant à modifier les règlements lui soient soumises avant leur mise en application (premier alinéa de l'article 61 de la constitution). Il a lui-même très vite considéré également que son contrôle sur les lois qui lui étaient déférées avant promulgation devait s'exercer non seulement sur la conformité des dispositions votées à la constitution mais aussi sur la conformité des conditions d'adoption aux "*règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative*" (décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975).

Le Conseil est ainsi à même, à la différence d'une juridiction classique, d'assurer le respect de sa propre jurisprudence et celle-ci constitue donc une source externe nouvelle mais très importante désormais (35) du droit parlementaire français.

Ainsi que le rappelle un commentateur avisé (36), "le contrôle sur le règlement des assemblées se caractérise par une grande orthodoxie sur le plan juridique doublée d'une certaine rigueur". Ce sont cependant les initiatives prises par le Conseil au regard de la procédure législative qui ont suscité le plus de controverses.

Le caractère abstrait du contrôle a conduit le Conseil à s'en tenir à une *application stricte et littérale des textes*. Il porte ainsi la marque de la fonction initiale qui lui avait été attribuée d'assurer le respect du "parlementarisme rationalisé". C'est ainsi par exemple que le respect de l'ordre du jour prioritaire l'a conduit à censurer une disposition qui réservait plus d'une séance par semaine aux questions orales (n° 63-25 DC du 21 janvier 1964). Le souci du respect de la lettre ne l'a pas en revanche amené à interdire la discussion de chacune des dispositions du texte sur lequel il est demandé de se prononcer par un seul vote (vote bloqué n° 59-5 DC du 15 janvier 1959).

S'il lui est arrivé de "protéger les assemblées contre elles-mêmes", on peut s'étonner qu'il ait su alors, dans de très rares cas, "tenir compte du poids de la

(33) Georges Berlia, RDP, 1958, p. 271. On remarquera toutefois que le Conseil a fait une rapide allusion à la "tradition parlementaire" dans une de ses premières décisions mais sans en tirer aucune conséquence, bien au contraire (n° 59-5 DC du 15 janvier 1960).

(34) Ce qui permet en particulier à l'instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale d'interdire les délégations de vote en cas de scrutin secret alors que le Conseil avait déjà jugé que l'ordonnance sur les délégations de vote ne prévoit aucune restriction à ce droit. P. Avril et J Gicquel, o.c., p. 11.

(35) Notamment à la suite de l'élargissement de la saisine du Conseil depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 à soixante députés ou soixante sénateurs. Cet élargissement a pu avoir toutefois, du point de vue du Parlement, des effets pervers : souvent utilisée comme une voie d'appel par la minorité, elle peut déboucher sur des interprétations limitant les droits du Parlement.

(36) Bruno Genevois, alors secrétaire général du Conseil in La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs - Paris, éditions STH, p. 124.

pratique parlementaire" (37), en admettant la violation du principe du vote personnel pourtant explicitement prévu par la constitution au motif qu'en l'espèce, "la sincérité du scrutin" n'en avait pas été affectée (n° 86-225 DC du 23 janvier 1987).

Le contrôle des règlements amène ainsi le Conseil constitutionnel à pénétrer dans l'intimité même du fonctionnement des assemblées. Son souci de respecter la lettre des textes (sauf dans l'exception remarquable précitée) *a pour effet aussi d'empêcher certaines évolutions*. L'une des propositions imaginées par les assemblées pour la rénovation du travail parlementaire, la procédure de débat restreint (qui elle-même ne constituait qu'une pâle solution de repli face à l'impossibilité de promouvoir la législation en commission en l'absence d'une révision de la Constitution), risque fort de s'ajouter à la déjà longue liste des tentatives mort-nées d'allégement de la séance publique à la suite de la décision n° 90278 DC du 7 novembre 1990 (38).

Ce sont cependant les initiatives prises par le Conseil notamment dans le cadre du *contrôle de la procédure législative* qui ont suscité le plus de controverses et dont certaines ont pu être considérées comme de véritables "arrêts de règlement".

C'est ainsi qu'affirmant son autorité, le Conseil, s'inspirant de certaines évolutions jurisprudentielles du Conseil d'État, a développé la technique dite des "*réserves d'interprétation*".

Il l'a fait en particulier à l'occasion du contrôle des lois d'habilitation votées en 1986. Par la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, il déclare la loi autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnances diverses mesures d'ordre économique et social conforme à la constitution mais déclare que celle-ci "*doit être entendue* comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et *leurs domaines d'interventions*".

Cette même décision avait auparavant précisé qu'il appartenait au Conseil de "n'admettre la conformité à la constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la constitution" (39).

C'est surtout la décision sur les "*limites inhérentes au droit d'amendement*" qui a suscité la critique ouverte des présidents des deux assemblées (40). Appelé à vérifier la conformité à la constitution de la loi portant diverses mesures d'ordre social, le Conseil a considéré qu'avait excédé les "limites inhérentes au droit d'amendement" l'introduction par un amendement du gouvernement prenant la forme d'un article additionnel, d'un ensemble de dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail (amendement "Seguin", du nom du futur président de l'Assemblée

(37) B. Genevois, o.c., p. 136. Le Conseil a dû, pour une fois, accepter de faire céder un principe devant la réalité (ou la nécessité) du fonctionnement des assemblées.

(38) Cette décision s'appuie sur "les règles de valeur constitutionnelle de la procédure législative" au nombre desquelles l'exercice effectif du droit d'amendement pour annuler la disposition qui interdisait à un membre de l'assemblée de reprendre en séance publique un amendement qui aurait été écarté par la commission saisie au fond (cette disposition ne figurait pas dans le texte proposé par la commission).

(39) Pour un exemple d'interprétation dite "neutralisante, on pourra se reporter aussi à la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 relative aux entreprises de presse (concentration, transparence financière, pluralisme) Après avoir annulé une série de dispositions, le Conseil déclare la loi conforme à la constitution "sous les strictes réserves d'interprétation" formulées dans ses considérants.

(40) Notamment celle de M. Jacques Chaban-Delmas, président de l'Assemblée nationale, dans le Monde du 29 janvier 1987. On pourra se reporter aussi à l'opinion d'un observateur attentif et autorisé de la vie parlementaire "refuser les innovations sortant des limites inhérentes au droit d'amendement amène le Conseil à un choix subjectif, à substituer sa propre appréciation à celle du Parlement" - Guy Carcassonne, Pouvoirs, 1987, p. 170. Le Conseil a du reste depuis amorcé une évolution de sa jurisprudence - J. P. Camby et P. Servent, Le travail parlementaire sous la Ve République - Paris, Monchrestien 1993, p. 97-104 et 153-154.

nationale) en raison tant de "l'ampleur" que de "l'importance" de ces dispositions (41).

Les présidents des assemblées avaient considéré que par cette avancée jurisprudentielle, le Conseil avait adopté une démarche subjective lui permettant à l'avenir de limiter l'exercice du droit d'amendement non seulement du gouvernement mais aussi des parlementaires.

Enfin, il peut même arriver que le Conseil interprète de manière prétorienne la disposition constitutionnelle introduite par le constituant. Tel fut le cas lors de l'examen par lui des dispositions réglementaires destinées à mettre en oeuvre la nouvelle possibilité ouverte au Parlement de voter des résolutions sur les "propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative". La décision n° 92-315 DC du 12 janvier 1993 déclare que le vote de ces résolutions peut être assimilée à l'émission d'un simple avis alors que l'intention manifeste du constituant était, par ce biais, de donner au Gouvernement une sorte de mandat destiné à le guider dans la négociation de l'acte définitif. C'est ainsi que le rapporteur du Sénat s'était opposé, et avec succès, à celui de l'Assemblée nationale qui entendait, justement, faire de la résolution un simple avis. "Nous ne sommes pas une assemblée consultative. Un "avis" nous comparerait au Conseil d'État ou au Conseil économique et social. Nous sommes, au contraire, une assemblée élue qui doit pouvoir clairement manifester *sa volonté*" (42). Cette interprétation du Conseil constitutionnel a d'ailleurs soulevé l'étonnement de la doctrine (43).

Le contrôle constitutionnel des règlements et des procédures parlementaires constitue ainsi désormais une sorte d'épée de Damoclès pesant sur les délibérations des assemblées. Cette jurisprudence externe exerce une influence très directe sur le contenu et l'évolution du droit parlementaire. Elle exerce aussi une influence indirecte, en introduisant a priori lors de toute élaboration de résolution tendant à modifier le règlement la préoccupation constitutionnelle. Elle peut être réductrice d'initiatives et, dans certains cas, on l'a vu, un obstacle à certaines réformes. Elle joue ainsi un rôle, non seulement de constitutionnalisation croissante du droit parlementaire, dont l'élaboration échappe ainsi de plus en plus aux assemblées mais aussi de "juridicisation" et de "rigidification".

La perspective de ces excès mêmes, qui pourraient être paralysants, a eu toutefois un effet inattendu et paradoxal : celui de redonner un dynamisme nouveau à l'élaboration de règles non écrites susceptibles d'échapper à la censure du juge (44). Ce dynamisme retrouvé rejoint la tradition parlementaire qui veut que le droit soit un phénomène de création continu dès lors que les conditions de cette création demeurent dans les limites du consensus de ceux qui sont appelés à le respecter.

---

(41) Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987. Il s'agissait, pour le gouvernement, de surmonter le refus par le Président de la République de signer une ordonnance ayant le même objet, à quelques heures de la clôture de la session. Reprises sous forme de projet de loi, ces dispositions devaient se heurter, en session extraordinaire, à une très forte obstruction.

(42) Jacques Larche, rapporteur de la commission des lois. Débats Sénat 1992, p. 1428.

(43) Cf P. Avril et J. Gicquel, L'apport de la révision à la procédure parlementaire - Revue française de droit constitutionnel, n° 11, 1992, p. 439 à 455.

(44). La proposition de résolution (n° 272, 1991-1992) déposée par M. Roger Chinaud, sénateur, tendant à modifier l'article 47 bis du règlement du Sénat pour permettre au Conseil constitutionnel de trancher un différent surgi entre le Gouvernement et le Sénat à propos de la discussion des lois de finances rectificative s'inscrit parfaitement à contre courant. L'interprétation du Sénat a ainsi été sanctionné (décision n° 92-309 DC du 9 juin 1992) alors que cet article avait passé une première fois sans encombre la censure du Conseil. Sans doute, pour reprendre un mot célèbre du cardinal de Bernis, sort-on toujours de l'ambiguïté à son détriment... mais un mauvais usage vaut-il mieux qu'une bonne loi ?

B - LA CONSTITUTION PROGRESSIVE D'UNE "AUTO-JURISPRUDENCE"

L'abondance même des termes utilisés pour désigner les éléments constitutifs du droit parlementaire non écrit : usage, précédent, coutume, pratique, convention, montrent certes la difficulté de définir la nature de ce droit (voir supra) mais surtout l'importance qu'il continue à revêtir dans la vie parlementaire.

A cet égard, la phrase fameuse du doyen Prélot selon laquelle "le meilleur moyen de connaître le droit parlementaire, je dirai presque le seul, c'est de le vivre" (45) demeure toujours valable.

1 - Climat parlementaire et modes d'élaboration du droit

Le Parlement constitue en effet une société particulière qui a ses règles, générées par l'expérience porteuse de tradition, l'unicité de lieu, la longueur des moments que les parlementaires passent ensemble à débattre, la recherche d'une sérénité indispensable à l'accomplissement de la fonction législative, et apparemment d'autant plus difficile à atteindre que chacun ne peut y participer s'il n'est d'abord sorti vainqueur d'un combat : l'élection.

La première règle de la vie sociale au Parlement est certainement une coutume mais elle n'a pas de force juridique, même si elle implique tous les actes de la vie de l'assemblée: c'est la *courtoisie, l'estime que chacun se doit*. Cette règle veut par exemple que l'on ne s'interpelle jamais directement en séance publique et que l'on doit toujours attendre que le président veuille bien vous donner la parole pour la prendre. C'est aussi le respect qui s'attache aux fonctions exercées et qui sont créatrices d'une hiérarchie toujours présente (président et vice-présidents, présidents de commission, rapporteurs, etc...).

Ce sont des règles dépourvues de sanction mais qui suscitent, si on les transgresse, la réprobation muette mais ferme du groupe. Il est d'ailleurs très intéressant d'observer les changements de comportement induits par celui-ci et qui fait que très vite "l'élu" devient "législateur", membre d'une société qui n'aura de sens que dès lors qu'elle s'exprimera collectivement.

Le droit parlementaire non écrit est donc très marqué par "le climat" de son élaboration.

La frontière entre "l'usage" et "la règle" est dès lors parfois difficile à discerner. Ainsi de l'usage qui veut que le président de séance, qu'il soit président de l'assemblée ou l'un des vice-présidents (46) ne participe pas aux votes. C'est une règle importée d'Angleterre mais qui a été suivie de manière assez constante dans les assemblées françaises, même si elle a souffert des exceptions, notamment à l'Assemblée nationale ces dernières années.

L'enfreindre peut être diversement apprécié. Ainsi, lors de l'exemple souvent cité d'Édouard Herriot, descendant de la tribune en juillet 1926 pour combattre le cabinet Briand-Caillaux puis mis ensuite en demeure de former lui-même le Gouvernement et renversé dans la journée. Le président d'assemblée se doit donc d'être un arbitre, précisément pour assurer le respect des règles et les usages qu'il est appelé à appliquer mais aussi les décisions qu'en tant que président de séance, il est conduit à prendre et qui constituent autant *de précédents* (47) susceptibles de servir de

---

(45) o.c., p. 45

(46) Il est d'usage également que le président de l'assemblée ne vote pas même quand il n'est pas au fauteuil.

(47) "Le président ouvre la séance, dirige les délibérations, fait observer le règlement et maintient l'ordre. Il peut, à tout moment, suspendre ou lever la séance". Art. 33-2 du Règlement du Sénat. C'est lui, en particulier, qui décide s'il y a lieu de voter un texte par division.

fondement à une interprétation de la règle et constitutifs, à terme, d'une règle nouvelle.

Ainsi pourrait-on esquisser une distinction entre *l'usage* qui "sortirait", en quelque sorte, de la pratique et pourrait être à l'origine d'une coutume et le *précédent*, qui constitue une interprétation de la règle (ou une simple décision même prise en l'absence de règle) et qui a vocation, s'il est répété pendant une période suffisante, de faire jurisprudence. On pourrait gloser sur la force obligatoire d'une règle ainsi formée mais l'"*opinio juris*" est telle que, même en l'absence d'obligation, la règle s'impose et la jurisprudence ne peut, en tout cas, être modifiée que par une disposition écrite prise dans les formes requises. Il est fort peu probable en effet que l'autorité qui est à l'origine du précédent, par exemple le président de séance, prendra elle-même l'initiative de changer la jurisprudence. Gardien d'un équilibre qu'il n'a pas créé mais qui résulte d'un ensemble de règles, d'usages voire de rites accumulés, il se tournera naturellement vers une décision collective et en référera au Bureau de l'assemblée lequel "*a tous pouvoirs pour présider aux délibérations de l'Assemblée*" (art. 13 du Règlement de l'Assemblée nationale).

Dans une assemblée délibérante en effet, les précédents constituent autant d'acquis pour une catégorie au moins de membres et la jurisprudence ne peut être renversée que par une nouvelle délibération de la règle initiale ou, si celle-ci n'existe pas, par l'élaboration d'une règle nouvelle, s'efforçant de tirer les leçons de la pratique tout en préservant le cadre du débat parlementaire.

La répétition du précédent crée ainsi une coutume par voie d'approbation tacite. Celle-ci est d'autant plus aisément consentie qu'il est rare que l'évolution aille dans le sens d'une restriction des droits des parlementaires (ainsi, la généralisation, au Sénat, de la pratique de la discussion commune qui permet aux différents auteurs d'amendements de les exposer avant le passage au vote (48). *La force juridique de la jurisprudence parlementaire se déduit a contrario de la nécessité, la plupart du temps, d'un acte formel et solennel pour la renverser.* Ces exemples montrent s'il était besoin que la force juridique de la coutume se résume par la force du consentement. La spécificité de la coutume parlementaire réside en revanche dans le fait que ce consentement, dans un milieu voué par essence à la délibération, peut être retiré à tout moment. Si l'on craignait de forger un néologisme, on pourrait dire que toute coutume est, au Parlement, *une coutume conventionnelle donc consciente. La vérification de l'accord des volontés y est en effet plus facile et plus immédiate qu'ailleurs.* Une procédure spécifique est d'ailleurs prévue pour cela dans le règlement. Elle a d'ailleurs priorité sur toute autre : il s'agit du "rappel au (49) règlement", le règlement étant alors conçu de manière très extensive.

"L'auto-jurisprudence" peut exister *"secundum legem"* ou *"praeter legem"* dans la mesure où la constitution et les règlements ne peuvent prévoir toutes les situations et ne le souhaitent d'ailleurs pas toujours. C'est ainsi que l'on observe, quant au détail des dispositions écrites et donc de la place relative du droit parlementaire non écrit, des différences sensibles entre l'Assemblée nationale et le Sénat.

Le départ est alors parfois difficile à faire entre les créations *praeter legem* et *contra legem*, une cause croissante de l'extension du droit non écrit tenant,

(48) Il s'ensuit parfois une certaine confusion du fait du nombre d'amendements mis en discussion et les points de principe sont mêlés aux dispositions ponctuelles sans que l'assemblée puisse opérer une discrimination entre les deux, y compris lorsque la commission obtient, avec l'accord du Gouvernement, la discussion en priorité de ses propres amendements de principe ou de suppression pure et simple de la disposition concernée. La discussion commune est une des grandes causes d'allongement des débats.

(49) Art. 58 du Règlement de l'Assemblée nationale et 36 du Règlement du Sénat.

précisément, au souci d'échapper à la censure du juge constitutionnel; "ne pas écrire est le moyen le plus sûr d'esquiver la censure de la pratique parlementaire" (50).

"L'auto-jurisprudence" parlementaire non constatée par un juge mais soumise à l'accord des volontés tend d'abord à compléter la règle écrite, elle-même souvent complexe, dont elle permet généralement l'application. Elle peut donc être dite "secundum legem". Ce sont les cas les plus fréquents mais sans doute aussi les moins significatifs.

2 - L'auto-jurisprudence "*secundum legem*"

Le règlement organise la mise en oeuvre des dispositions constitutionnelles mais il ne peut tout prévoir. Tel est le cas des *irrecevabilités financières* posées par les articles 40 de la Constitution et 42 de la loi organique relative aux lois de finances.

Par leur brièveté même et leur vaste champ potentiel d'application, ces dispositions (51) appelaient des interprétations et étaient une véritable invitation à constituer une jurisprudence. Celle-ci était d'autant plus nécessaire que l'application de cet article implique des décisions extrêmement rapides en séance publique (l'irrecevabilité pouvant être soulevée à tout moment) et qu'il importe que celles-ci puissent être prises quelles que soient les parties en cause.

La pratique de l'Assemblée nationale a confié la responsabilité du contrôle de recevabilité au président de la commission des finances (alors même que le Règlement prévoyait sa répartition entre la présidence, le Bureau, la commission des finances et le rapporteur général). Le Sénat s'en est tenu, pour sa part, aux termes de son règlement qui confie cette tâche à la commission des finances (laquelle statue avant chaque séance publique au cours de laquelle l'article risque d'être "invoqué" puis délègue en permanence en séance l'un de ses membres habilité à statuer "sur le siège", à la demande du président de séance).

Les présidents successifs de la commission des finances de l'Assemblée nationale ont d'ailleurs tenu à *codifier leurs pratiques* en publiant des rapports destinés à l'information de leurs collègues (MM. Jean Charbonnel, Robert-André Vivien et Christian Goux) dans lesquels ils manifestent une continuité doctrinale certaine et dont certaines solutions ont inspiré la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette volonté de codifier l'usage et de créer une véritable jurisprudence apparaît également à propos de l'application *d'autres articles de la constitution qui impliquent l'examen de situations personnelles*. Le rapport de M. Marcel Rudloff, sénateur (et nommé depuis membre du Conseil constitutionnel) présenté le 20 juin 1990 sur la dernière proposition de résolution soumise au Sénat et tendant à obtenir la suspension des poursuites à l'encontre de ses membres, contient de véritables pages de doctrine qui précisent "la nature de l'intervention des assemblées parlementaires". Il résume aussi ce qu'il appelle "*la jurisprudence sénatoriale*" quant à la durée de la protection fournie par le principe de l'inviolabilité parlementaire: "le régime des immunités ne saurait donc s'inscrire dans le cadre étroit des sessions. Le Sénat l'a constamment rappelé depuis sa résolution du 29 juin 1977" (52).

---

(50) Jean Foyer, ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale - Les sources spontanées du droit parlementaire - Article dact. non publié, p. 13.

(51) Art. 40 de la Constitution : "les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique."

(52) Rapport n° 408 (1989-1990).

Dans un esprit similaire, le rapport présenté par M. Charles Jolibois, présenté au nom de la commission spécialement élue pour examiner une proposition de résolution tendant à renvoyer plusieurs anciens ministres devant la Haute Cour de justice, contient une importante première partie destinée à faire le point sur une procédure, il est vrai assez mal connue et peu utilisée, et fondée sur des textes qui appellent des explicitations. Il n'y consacre pas moins de 20 pages tout en s'efforçant de ne s'écarter en rien des solutions procédurales retenues lors du seul précédent existant.

Ces exemples montrent que, dans un certain nombre de circonstances, le Parlement entend aller au-delà de la simple coutume. Ses commissions entendent tirer de sa pratique un véritable apport doctrinal qu'elles s'obligent ainsi elles-mêmes à respecter. Il y a donc une *volonté manifeste de créer une jurisprudence* (53).

Un deuxième aspect de l'intervention de l'auto-jurisprudence parlementaire est fourni par le *comblement des lacunes des textes.*

A cet égard, il convient de signaler une différence d'approche entre les deux assemblées qui se traduit par le fait que le Règlement du Sénat est beaucoup moins détaillée et précis que celui de l'Assemblée. Cette constatation ne date d'ailleurs pas de la Ve République et le Sénat ou même le Conseil de la République ont introduit certaines institutions ou dispositions avec un retard sensible par rapport à l'Assemblée nationale. La Conférence des présidents apparaît dans le Règlement de l'Assemblée nationale dès 1911. Il faudra attendre 1947 pour qu'il en soit de même au Sénat. Même chose en ce qui concerne la composition de cette conférence : le rapporteur général de la commission des finances ne siège pendant longtemps qu'à titre coutumier au Sénat, par analogie (54) avec ce qui se passe à l'Assemblée nationale où il siège de droit en vertu du Règlement. Sa présence ne sera officialisée qu'en mai 1986. C'est tout aussi de manière coutumière que sont invités à la Conférence des présidents, les présidents des différentes instances autres que les commissions permanentes (55).

La procédure applicable au sein des commissions permanentes, même si la part des dispositions non écrites est plus importante au sein de la seconde chambre, constitue un excellent exemple d'un comblement des lacunes des textes par la jurisprudence : "les commissions permanentes (ce qualificatif suggère la durée et l'attachement aux valeurs qu'elle consacre) constituent autant de structures de mise en place d'un droit non-écrit" (56).

Le rôle des présidents de commission est très différent de celui du président de séance. Ils peuvent participer aux débats et rien ne s'oppose à ce qu'ils participent également aux votes. Ils exercent en fait un véritable "leadership". Si les dispositions réglementaires applicables à la séance publique peuvent servir de référence, beaucoup ne sont pas transposables. Ainsi de la phase d'examen des

(53) Dans les deux derniers cas, cette attitude intellectuelle a sans doute été facilitée par l'origine professionnelle des rapporteurs (avocats) mais la matière même appelait cette technicité et elle est devenue, par leur truchement et celui de leurs collègues, celle du Parlement.

(54) René Chazelle en déduit, à notre avis un peu rapidement, que "la pratique non écrite du Sénat s'inscrit dans (une) relative dépendance (de l'Assemblée nationale) et demeure influencée par les dispositions soit écrites, soit d'usage, en vigueur au Palais Bourbon". Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier" - Revue du droit public et de la science politique 1987, p. 729. Nous préférons pour notre part dire, avec Michel Laflandre, que "les références analogiques entre les deux chambres" sont l'un des modes d'élaboration "des sources non-écrites du droit parlementaire". Les sources du droit parlementaire sous la Ve République (mémoire en voie de publication, p. 94).

(55) Commissions ad hoc ou, avant que sa présence ne soit officialisée en 1992, président de la délégation pour les Communautés européennes (dès lors qu'il était envisagé d'inscrire à l'ordre du jour "une question orale avec débat portant sur des sujets européens" - Chapitre XII-D du Règlement du Sénat introduit le 13 décembre 1990).

(56) René Chazelle, article précité, p. 726.

amendements. Celle-ci intervient toujours, au Sénat, après l'adoption du rapport (57), *phase qui privilégie l'élaboration collective dans le secret des débats.* Elle se différencie sensiblement de la discussion des amendements en séance publique :

• elle ne débouche que très rarement sur un nouveau débat, l'usage (et souvent l'urgence) voulant que la présidence se contente de constater la contrariété avec la position antérieure de la commission. En général, il n'est statué par un vote qu'à la demande expresse d'un membre. Il ne peut s'agir dans ce cas que de l'adoption d'une position contraire (ou différente) de la position initialement adoptée. En effet, à la différence de la situation en assemblée, il ne s'agit pas d'adopter ou de refuser des amendements, mais de donner un avis, lequel ne sera, avec par exemple celui du gouvernement, qu'un des éléments du débat en séance publique. Le travail en commission demeure, en effet, fondamentalement, un travail de préparation du débat public ;

• *la phase d'adoption du rapport n'a pas son équivalent en séance publique. Elle obéit donc à des règles propres aux commissions qui ne reposent sur aucun texte.* Si la base de discussion est, conformément à la Constitution, le texte du gouvernement, celle-ci s'organise, une fois la discussion générale achevée, autour des propositions du rapporteur. En général, les membres procèdent par voie de sous-amendements ou de suggestions non formalisées. C'est au rapporteur qu'il revient d'en faire la synthèse. Ces sous-amendements ne sont que très rarement rédigés ou, s'ils le sont, c'est sur le siège. *Cette pratique sénatoriale s'inscrit dans la droite ligne de la tradition parlementaire* telle qu'elle est consignée dans le Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre : "Dans les commissions, les articles peuvent être discutés et modifiés comme en séance, avec cette différence que les amendements peuvent se produire à tout moment et d'une façon verbale" (58). Elle correspond strictement à la manière dont est rédigé l'ordre du jour. Celui-ci prévoit non l'examen du texte mais celui du rapport. De même, la commission n'adopte-t-elle pas le texte -il arrive que l'expression soit utilisée, mais il s'agit d'une simple commodité-, mais *propose* son adoption au Sénat. Il n'est en particulier pas d'usage de distribuer un amendement d'un membre qui aurait été déjà déposé à la séance. La règle est d'abord que le membre participe au débat en commission, quitte à ce qu'il annonce, en cas de désaccord ou dans un souci d'améliorer la rédaction de la commission, le dépôt d'un amendement, lequel sera soumis ultérieurement à l'examen de la commission, lors de la séance spécialement prévue à cet effet.

3 - L'auto-jurisprudence "*praeter legem*"

La jurisprudence praeter legem, seule source véritablement autonome de création de droit non écrit puisqu'elle ne répond à aucune nécessité textuelle sauf celle de l'absence de texte, trouve ses principaux points d'application dans le *développement des procédures de contrôle.* Ce développement d'un droit autonome en matière de contrôle n'est pas, en soi, un objet de surprise. Le parlementarisme rationalisé a enserré la procédure législative dans un corset, réduisant les capacités d'initiatives parlementaires sur ce terrain. Il était logique qu'elles cherchent à se manifester par d'autres voies et ce d'autant plus que le contrôle est traditionnellement l'une des vocations naturelles la première même des parlements nés de la nécessité du consentement du peuple à l'impôt. Un vaste champ inexploré s'ouvrait devant lui, non régi par le droit et dépourvu d'arbitre. C'est ainsi que dans l'exemple précité de

(57) Il en va différemment à l'Assemblée nationale où le Règlement prévoit explicitement la possibilité pour les députés de présenter des amendements avant l'adoption du rapport (mais la commission des finances n'examine que les amendements de ses membres).
(58) Ouvrage précité, p. 906.

création d'une commission d'enquête "sur la réglementation communautaire applicable à la filière laitière, notamment en matière de quotas laitiers", le garde des sceaux avait "précisé qu'il ne pouvait que laisser au Sénat le soin d'apprécier si cette enquête n'(était) pas de nature à faire obstacle à la discussion de la proposition de résolution" (59).

Si elle n'est pas contestée en principe, la fonction de contrôle du Parlement n'est pas formellement reconnue par la constitution de 1958 (60). Elle est simplement évoquée à la fin de l'article 47 à propos de "l'exécution des lois de finances" (61) et elle n'est organisée et encore faiblement qu'au niveau législatif (pouvoirs des rapporteurs spéciaux - ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1958 ; principe de commissions d'enquête et de contrôle mais sans réels pouvoirs d'investigation).

Le Parlement va donc entreprendre une longue marche pour améliorer ces instruments, s'efforçant de tirer les conséquences de sa pratique et tentant de lever par la loi les obstacles qui lui sont opposés. Le Sénat, à cet égard, sans doute en raison de sa moindre dépendance du système majoritaire et de sa position d'opposant pendant la majeure partie de la période, a joué, au moins au début (62), un rôle moteur. Ce n'est toutefois que le 14 décembre 1970 que la première commission d'enquête parlementaire proprement dite (63) adoptera un rapport (Abattoirs de La Villette). Entre-temps, une proposition de loi avait été votée par le Sénat le 11 juin 1970, définissant les principaux moyens désormais en vigueur (sanctions pénales, obligation de prêter serment, contrôle sur pièces et sur place par les rapporteurs (64), assistance de la cour des comptes). Elle ne devait aboutir qu'en 1977 (loi n° 77-807 du 19 juillet 1977.

Depuis, une jurisprudence s'est créée qui régit le fonctionnement de ces commissions (modalités pratiques destinées à assurer le secret des délibérations (65), déontologie des membres, etc.). L'Assemblée nationale a fait droit à la minorité en ouvrant à son profit la possibilité d'un "droit de tirage" sur l'ordre du jour complémentaire (possibilité d'obtenir l'inscription des propositions de résolutions présentées par des groupes de l'opposition.

Si une partie de ces règles régissant les commissions d'enquête ou de contrôle ont été codifiées dans la loi, d'autres institutions ont été mises en place par le Règlement (missions d'information) ou par la jurisprudence. C'est ainsi que le Sénat, depuis le début des années 80, crée des "missions d'information communes à plusieurs commissions" selon une procédure parallèle à celle des commissions d'enquête (mais néanmoins assez différente car, comme leur nom l'indique, ces missions sont le résultat d'initiatives conjointes prises par les présidents de commission) mais offrant beaucoup plus de souplesse (quant aux effectifs, à leur

(59) Avis n° 77 (1991-1992) précité, p. 4.
(60) C'est la raison pour laquelle le comité consultatif pour la révision de la constitution propose de le faire en insérant une disposition nouvelle à l'article 24 de la constitution - J.O. Lois et décrets du 16 février 1993, p. 2544.
(61) "La cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances".
(62) C'est une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale en revanche qui sera à l'origine de la dernière modification (n° 1251, IXe législature).
(63) Les trois rapports avaient été publiés auparavant, mais toujours au Sénat, par des commissions de contrôle.
(64) Cette proposition de loi tirait les conséquences des difficultés rencontrées par la troisième commission de contrôle créée par le Sénat et qui avait pour objet l'office de radiodiffusion télévision française (rapport n° 118 (1967-1968)).
(65) Les jurisprudences à l'Assemblée et au Sénat à cet égard, avant que la publicité ne devienne la règle, étaient sensiblement différentes (l'Assemblée publiant les procès-verbaux d'auditions et pas le Sénat).

durée (66) et à leurs conditions de création notamment). La procédure réglementaire n'étant prévue que pour les seules missions, des adaptations jurisprudentielles ont dû lui être apportées. En revanche, cette procédure n'a pas fait l'objet de codification, sans doute volontairement, pour lui conserver sa souplesse et peut-être la soustraire au contrôle du Conseil constitutionnel.

Les modalités concrètes du *contrôle de l'application des lois* sont également des créations coutumières. Celui-ci est assuré sans texte mais selon une jurisprudence constante depuis novembre 1972 par les commissions du Sénat. Il donne lieu à une communication deux fois par an à la Conférence des Présidents et porte sur l'ensemble des textes et des mesures d'application prévues par le législateur. L'Assemblée, pour sa part, a privilégié ces dernières années l'évaluation législative, dont le principe a été inséré dans son Règlement le 18 mai 1990 (article 145, alinéa 2, mission temporaire "portant, notamment, sur les conditions d'application d'une législation".

Relèvent également, selon le président Foyer, de la création "praeter legem", les conditions de discussion de la deuxième partie de la loi de finances (organisation de mini-débats par ministère). Il est vrai que ces règles sont suivies imperturbablement chaque année, en dépit des critiques des parlementaires eux-mêmes et constituent l'un des "rites" les mieux établis (67).

L'institution même des "*questions au Gouvernement*" (68), en dépit de son importance, n'est, elle non plus, régie par aucun texte. Elle est d'autre part d'autant plus intéressante qu'elle relève de ce nouveau mode de création du droit parlementaire qualifié désormais de "convention" par la doctrine. Il s'agit là d'une "convention créatrice" (69) qui a la particularité d'associer, au moins tacitement, le Gouvernement (70) (qui accepte en fait de renoncer à la priorité qu'il tient de la constitution en matière d'ordre du jour). Ces questions au gouvernement trouvent leur fondement juridique dans de simples décisions répétées chaque semaine par la Conférence des présidents de l'Assemblée (questions du mercredi).

La même pratique a été étendue au Sénat à partir de 1982 mais à raison seulement d'une fois par mois.

Ces conventions ont enfin la particularité de permettre la mise en place d'une procédure qui avait été sanctionnée sous un autre nom par le Conseil constitutionnel (n° 63-25 DC du 21 janvier 1964). Elles pourraient donc tout aussi être considérées comme un exemple de jurisprudence "contra legem" (71).

4 - L'auto-jurisprudence "*contra legem*"

L'exemple des questions au gouvernement suggère donc l'existence d'une véritable méthode de création de jurisprudences "contra legem", suscitées et c'est leur paradoxe par le développement d'une jurisprudence constitutionnelle à la fois élément constitutif du droit parlementaire et source de réduction de l'autonomie des

(66) C'est ainsi que certaines missions communes ont fonctionné pendant plus d'un an et l'une d'elle (contrôle de l'application de l'accord de Schengen sur la libre circulation des personnes en Europe) a été créée uniquement parce que le mandat de la commission de contrôle ayant le même objet était limité par la loi à six mois.

(67) On ne note qu'une véritable exception pour l'examen, au Sénat, de la loi de finances pour 1986 où l'examen des crédits (que le Sénat se proposait de repousser) avait été remplacé par des débats "thématiques".

(68) Anciennes questions d'actualité.

(69) P. Avril et J. Gicquel o.c.

(70) et même le Président de la République puisque cette convention est la conséquence d'une initiative prise par M. Giscard d'Estaing en juin 1974.

(71) Sur les formes successives prises par cette nouvelle procédure, on pourra se reporter à l'article précité de Michel Laflandre qui en fait une analyse très détaillée (pp. 100 à 102).

assemblées. Ce mode de création de droit est à rapprocher des "conventions d'abstention volontaire" que l'on retrouve parfois dans le processus de création du droit parlementaire non écrit. Il existe ainsi des accords tacites entre Gouvernement et assemblées pour soustraire certaines lois au Conseil constitutionnel en ne le saisissant pas, dès lors qu'il pourrait y avoir doute sur sa réaction. Ainsi, des lois du 6 juillet 1979 créant les délégations parlementaires pour les Communautés européennes ou n° 83-603 du 8 juillet 1983 créant un office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (72).

A cette attitude susceptible de déboucher sur une pratique contra legem génératrice de nouveaux droits pour le Parlement, doivent être rattachées aussi les modifications constitutionnelles par non exercice de certaines de ses prérogatives par le Gouvernement. Ainsi de la très rare utilisation des dispositions de l'article 41 de la Constitution (qui crée une exception d'irrecevabilité) pour faire respecter le partage des domaines de compétence entre la loi et le règlement défini par l'article 34. Le Gouvernement, il est vrai, est souvent le premier à y porter atteinte par le caractère trop détaillé des textes qu'il propose et le caractère trop souvent dépourvu de valeur normative de certaines dispositions ou de certains articles. Il ne recourt non plus qu'assez rarement à la procédure de "rattrapage" de l'article 37-2 (qui permet de demander au Conseil constitutionnel la délégalisation de certaines dispositions avant leur modification par la voie réglementaire (73)).

La conjonction de ces abstentions a eu pour effet un développement constant et heureux du domaine de la loi depuis 1958.

Les pratiques contra legem ont souvent aussi pour origine l'"insoumission" parlementaire, particulièrement nette au Sénat en matière *d'ordre du jour*. Le Gouvernement est plus souvent qu'on ne le croit contraint de céder en Conférence des Président ou, à tout le moins, d'accepter des accommodements à ses propositions. Les assemblées considèrent, et le Sénat en particulier, qu'elles ne sont pas tenues de siéger les lundi et samedi. Il arrive qu'elles le rappellent, de même que la règle non écrite selon laquelle "le Gouvernement est maître de l'ordre du jour mais le Sénat est maître de ses horaires". Ces interprétations peuvent s'avérer particulièrement utiles, notamment à l'approche des fins de session. Le Gouvernement insiste-t-il, il n'est pas toujours assuré, le contexte politique aidant, que l'examen d'un texte commencera exactement au jour et à l'heure dits (74).

Cet indiscipline n'est que la forme aiguë d'une résistance qui s'appuie sur l'interprétation sénatoriale de la tradition parlementaire. C'est ainsi que la Haute Assemblée refuse de déclarer a priori l'irrecevabilité financière d'un amendement ou d'une proposition de loi. La règle est que l'amendement doit pouvoir être examiné par la commission et distribué. Le président de séance laisse s'engager la discussion jusqu'à ce que l'irrecevabilité soit effectivement invoquée par le Gouvernement. De même, est considéré comme une agression le fait pour le Gouvernement d'amender les conclusions d'une commission mixte paritaire. Ce fait entraîne la plupart du

(72) Celle-ci prévoit que la délégation mixte qu'elle institue (8 députés et 8 sénateurs) peut demander à l'assemblée d'où émane la saisine de lui conférer les prérogatives d'une commission d'enquête pour une durée n'excédant pas six mois.

(73) On peut craindre toutefois que la nouvelle vigueur du processus de codification n'amène le Gouvernement à plus de vigilance.

(74) Pour un exemple de ce type, il est vrai assez exceptionnel, on pourra se reporter au compte rendu de la séance du 2 avril 1991 (pp. 233-235) au cours de laquelle, après avoir obtenu en Conférence des présidents le report de la discussion d'un projet de loi, inscrit à l'ordre du jour de la session extraordinaire, du 27 mars au 2 avril, le Sénat a décidé, par scrutin public, de ne pas aborder la discussion des articles (il s'agissait du projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements, et instituant une solidarité financière entre les communes d'Île-de-France et modifiant le code des communes).

temps, outre de vigoureuses protestations, le rejet souvent unanime du texte ainsi amendé (même lorsque la majorité sénatoriale se reconnaît dans le Gouvernement coupable de cette initiative malencontreuse mais parfaitement conforme à la lettre des institutions).

Le non-respect de la Constitution peut également trouver sa source dans de véritables "conventions contra legem", non sanctionnées par le Conseil constitutionnel comme on l'a vu à propos de l'article 27 qui institue le vote personnel.

Il arrive aussi que les dispositions réglementaires elles-mêmes ne soient pas respectées. On a vu que leur non respect pouvait permettre certaines évolutions acceptées par tous (cas des missions communes d'information, expérimentations en vue d'une évolution dans le cadre de la réforme des procédures voulue par le Bureau (75). Dans d'autres cas, il s'agit de permettre le respect de l'esprit même d'une institution. Ainsi des modalités de désignation des membres des commissions mixtes paritaires. Pendant longtemps le Sénat les a seul désignés à la proportionnelle (appliquant ainsi une des principales conventions de la vie intérieure de l'Assemblée du Luxembourg) (76). Il s'ensuivait un déséquilibre nuisible au bon fonctionnement de cette pourtant heureuse innovation de la Ve République. Ce déséquilibre a été peu à peu corrigé jusqu'à ce qu'une véritable convention, passée en 1981, lie les deux assemblées, chacune s'engageant à répartir ses membres selon une clé fixe entre majorité et opposition (5-2). Il devenait alors impossible de respecter la disposition réglementaire qui veut que les suppléants sont appelés dans l'ordre dans lequel ils ont été proclamés (art. 12-5). Aucune réforme n'est toutefois venue mettre le droit en accord avec la jurisprudence (77).

CONCLUSION

En dépit ou à cause de sa spécificité même, le droit parlementaire apparaît comme un lieu d'observation privilégié de création de droit, aussi bien écrit que non-écrit, l'un comme l'autre exerçant des influences réciproques.

Si le champ de création du droit non écrit par le Parlement a eu tendance à se restreindre du fait du développement du constitutionnalisme et de la jurisprudence constitutionnelle (phénomène qui n'affecte pas que la France), cette restriction du champ n'a pu avoir pour effet de briser le dynamisme spontané de cette société particulière qui tend naturellement à n'admettre comme légitimes que les règles mêmes qu'elle entend se donner.

L'ordre des facteurs s'est semble-t-il, en cette fin du XXe siècle, tout au plus inversé. *Si l'autonomie des assemblées n'est plus la source exclusive de leur "auto-jurisprudence", c'est à travers cette auto-jurisprudence qu'elle cherche et retrouve une part de l'autonomie qu'elles ont perdue.*

On pourra discuter longtemps de la nature de ce que nous appelons "auto-jurisprudence". Ne serait-ce point tout simplement une coutume ? On a cru montrer qu'il s'agirait alors d'*une coutume d'une nature particulière* où l'acceptation du groupe était toujours présente même si elle adopte le plus souvent le mode de l'implicite. L'apparition d'une jurisprudence constitutionnelle a en tout cas eu pour effet

(75) Certaines commissions ont ainsi ouvert leurs débats à la presse ou au public avant même que le Règlement ne le permette.

(76) Cette règle fut également appliquée à la désignation des membres des commissions d'enquête et de contrôle alors même que l'article de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoyait le recours au scrutin majoritaire.

(77) Comme il est impossible de prévoir quel suppléant sera appelé à voter pour assurer non seulement la parité entre assemblée mais la parité arrêtée entre majorité et opposition, l'habitude a été prise de nommer les suppléants dans l'ordre alphabétique, aucun n'étant "affecté" à un titulaire particulier".

d'accentuer son caractère conventionnel au point qu'il est possible de parler aujourd'hui non seulement de "conventions de la constitution" mais de "*conventions du Parlement*". Lieu de conflits donc de vie et de création par excellence, le Parlement contribue ainsi à rapprocher l'élaboration du droit "continental" de celle des pays de "common law", tandis que les pays du common law, y compris à travers leur Parlement, se tournent pour leur part davantage vers le droit écrit, participant ainsi à la convergence des systèmes.

Bien que n'étant pas sanctionnée par un juge, cette auto-jurisprudence a toutes les caractéristiques d'une jurisprudence classique et elle compense la sanction du juge par *la volonté d'assurer une certaine stabilité des solutions qu'elle retient*. Le précédent joue, en effet, comme le rappelle Jean-Louis Pezant (78), un rôle de régulateur qui (donne) à l'autorité qui prend la décision, "les repères nécessaires" et (réduit) "les risques d'arbitraire et de partialité", ce qui est indispensable à la vie d'une assemblée.

Plus que la quantité de droit jurisprudentiel, c'est la qualité de création de ce droit qui importe et surtout les possibilités d'observation qu'il permet sur le droit en train de se faire. A cet égard, le mode de création d'un droit non écrit du Parlement offre une grande partie des voies possibles : formation par analogie ou par référence, y compris à une "tradition" elle même non écrite, formation par l'accumulation et la répétition des précédents, le tout laissant place à d'infimes et subtiles gradations. Les effets de cette auto-jurisprudence vis-à-vis de la règle ne sont pas non plus univoques. Ils peuvent aussi bien la compléter qu'y ajouter voire la priver de sens ou la modifier. La jurisprudence, en droit parlementaire comme en tout autre droit, joue ainsi un rôle irremplaçable de "respiration du droit" en permettant à la fois son adaptation permanente aux réalités d'une société complexe, tout en réservant la part d'imprévisibilité qui est la marque même d'une société vivante.

Le 7 avril 1993

(78) Article précité, p. 69.

HISTOIRE D'UN REVIREMENT

À PROPOS DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT DES MAGISTRATS

Par

Françoise LEURQUIN-DE-VISSCHER
Chef de travaux à l'Université catholique de Louvain (Belgique)

Le 19 décembre 1991 la Cour de cassation de Belgique a rendu un arrêt particulièrement intéressant en matière de responsabilité de l'État pour des fautes commises par des magistrats judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions (1). Pour la première fois dans son histoire, la Cour suprême a en effet reconnu que, sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'État pouvait, dans certaines limites, être rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un magistrat. L'arrêt prononcé a ainsi renversé une jurisprudence vieille de plus de 150 ans.

L'objectif que nous nous sommes assigné dans cette étude ne consistera pas tant à examiner le contenu ou les effets de la solution novatrice que la Cour a apporté au problème de la responsabilité de l'État-juge mais bien plutôt à analyser les processus aux termes desquels pareille solution est apparue ainsi que les conditions dans lesquelles elle est susceptible de recevoir à l'avenir une application généralisée.

Les observations qui paraissent devoir être développées sur ce problème peuvent se répartir autour de trois axes : il y a tout d'abord celles qui sont à rattacher aux circonstances qui ont amené la cour à prendre cette décision. Les constatations qui sont à relier à la manière dont l'arrêt a été conçu et rédigé viendront ensuite. Les réactions du corps social face à la solution adoptée seront examinées dans un dernier temps.

L'arrêt analysé soulève ainsi trois questions : a-t-il été porté par une conjoncture favorable ? S'agit-il d'un arrêt faisant autorité ? A-t-il des chances de bénéficier du consensus des intéressés ? Seule une réponse positive à chacune de ces trois questions permettra de qualifier les propositions qui sous-tendent la solution adoptée le 19 décembre 1991 de règle de droit.

(1) Cass. (1ère ch.), 19 décembre 1991, J.T., 1992, p. 142, concl. Prem. av. gén. Velu.

I — L'APPUI DE LA CONJONCTURE

Une modification de la règle de la non recevabilité des actions en responsabilité civile exercées contre l'État à raison d'un dommage résultant du fonctionnement défectueux de la justice ne pouvait se réaliser que si, au départ, la Cour de cassation était assurée de pouvoir profiter du concours d'un ensemble de circonstances. Il fallait en effet qu'elle puisse prendre appui sur un courant d'opinion qui, sur le problème évoqué, professe des idées neuves et solidement argumentées. Il fallait également, si l'on songe à la manière dont l'innovation allait voir le jour, qu'elle ait renoncé à espérer une intervention rapide et efficace du législateur. Enfin, pour réaliser concrètement le revirement, il était indispensable qu'elle puisse trouver dans la réalité contentieuse un point d'ancrage parfaitement adéquat.

1°) UN PROBLÈME RÉFLÉCHI

Le principe traditionnel de l'irresponsabilité de l'État du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle a fait l'objet ces dernières années d'une remise en cause fondamentale. Même si, jusqu'au jour de l'arrêt, les décisions des cours et tribunaux sont, dans leur grande majorité, restées fermement attachées à la solution classique en *doctrine* par contre des auteurs de plus en plus nombreux allaient plaider en faveur d'un régime de responsabilité.

Ce sont principalement les dommages causés par une déclaration de faillite injustifiée qui avaient mobilisé leur attention. Les mesures de dessaisissement du patrimoine de même que la publicité de la décision de faillite qui, en toute logique, conduit fournisseurs, banquiers et créanciers à couper immédiatement tous crédits déstabilisent souvent irrémédiablement l'entreprise ; et il est manifeste que la seule mise à néant du jugement de faillite n'est pas en mesure d'effacer les dommages matériels et moraux subis par le justiciable. Mus par un sentiment d'injustice lié à l'iniquité de ces situations certains n'hésitent pas alors à remettre en cause la solution traditionnelle en la matière.

Les principes de la séparation des pouvoirs ou de l'indépendance des juges, la théorie de l'organe comme les concepts de l'autorité de la chose jugée ou des voies de recours sont alors réinterrogés à la lumière des récents approfondissements de la notion d'État de droit. C'est qu'en effet l'idée que le service de la justice puisse, à l'instar de l'administration et du pouvoir législatif, commettre des erreurs de conduite amène tout naturellement à se poser la question de la possible indemnisation des préjudices et donc de la pertinence des objections adressées à l'encontre de celle-ci.

Ces études doctrinales qui parviennent à ébranler ce qui quelques années auparavant apparaissait encore comme des vérités absolues sont d'autant plus autorisées qu'elles proviennent du monde judiciaire lui-même.

Aiguillonnés par la multiplication des actions en responsabilité exercées contre l'État à raison d'un dommage résultant d'un acte juridictionnel, magistrats et praticiens profitent de chaque occasion pour mettre en doute l'interprétation traditionnelle (2). De manière toujours plus approfondie les arguments se précisent et s'aiguisent comme autant de coups de boutoir portés à la position classique.

---

(2) Voy. notamment L. Cornelis, "La responsabilité des magistrats des services d'enquêtes commerciales et de l'Etat pour fautes de ces magistrats", *R.D.C.*, 1985, p. 415 ; B. Dejemeppe, "Pouvoir judiciaire et responsabilités", *J.T.*, 1987, p. 278 ; B. Dejemeppe et C. Panier, "La responsabilité professionnelle des magistrats. Indices d'une mutation ?", *J.T.*, 1989, p. 429.

Le mouvement est relayé par les universitaires (3) Il trouve son apothéose dans le colloque interuniversitaire organisé en mars 1991 par les facultés de droit de l'Université catholique de Louvain et de l'Université libre de Bruxelles. Il s'agissait de faire le point sur la responsabilité des pouvoirs publics. Les problèmes soulevés par la responsabilité du pouvoir judiciaire furent minutieusement analysés par chacun des rapporteurs (4) de sorte que pour le professeur R.O. Dalcq auteur du rapport de synthèse, le moment était venu pour le législateur de se préoccuper activement de la chose (5).

Face à ce mouvement doctrinal de remise en cause du principe traditionnel d'immunité de responsabilité du fait des actes du pouvoir judiciaire, l'attitude du *législateur belge* reste cependant pour le moins singulièrement réservée. Deux hypothèses de responsabilité avaient été organisées de longue date : l'une, prévue par l'article 1140 du Code judiciaire, met sur pied un régime extrêmement restrictif de responsabilité personnelle des magistrats, l'autre, introduite par l'article 447 du Code d'instruction criminelle, permet d'impliquer la responsabilité de l'État en cas d'erreur judiciaire.

En 1973, on avait également pu voir le législateur, contraint de mettre en oeuvre ses obligations internationales, adopter deux régimes spéciaux de responsabilité de l'État à la suite de dommages causés par l'arrestation ou la détention d'une personne. L'article 27 de la loi du 13 mars 1973 institue ainsi un cas de responsabilité à base de faute. Il ouvre un droit à réparation à toute personne victime d'une privation de liberté irrégulière au regard de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 28 de cette même loi prévoit par contre une hypothèse de responsabilité sans faute. Sous certaines conditions, il permet à celui qui est détenu préventivement pendant plus de huit jours de prétendre à une indemnité lorsque cette détention s'est révélée inopérante (6). Cette dernière intervention législative est-elle à interpréter comme un premier pas vers la consécration d'un principe de responsabilité de l'État du fait de l'exercice de la fonction judiciaire ou, a contrario, est-elle à prendre comme venant conforter la thèse de l'irresponsabilité ?

Ce qui paraît certain c'est que de telles innovations apparaissent bien timides au regard de certaines *législations étrangères* en la matière.

Plusieurs États européens dont la France, l'Italie et le Luxembourg ont ces dernières années montré l'exemple en organisant expressément un droit à réparation en faveur des personnes préjudiciées par le fonctionnement défectueux du service de la justice. La loi française du 5 juillet 1972 comme la loi italienne du 13 avril 1988 consacrent en effet un système de responsabilité de l'État fondé sur la faute tandis que la loi luxembourgeoise du 1er septembre 1988 adjoint au régime de responsabilité avec faute un régime de responsabilité sans faute.

Bien qu'aucune de ces législations ne soit encore éclairée par une jurisprudence significative, il n'en reste pas moins que de telles expériences

(3) Voy. notamment J. Velu, "Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour les actes juridictionnels", *Actes du XVème Colloque de droit européen*, Strasbourg, 1986, p. 82.; A. Van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Bruxelles, Anvers, 1987 ; J.-L. Fagnart, "Droit de la défense et déclaration de faillite", *R.C.J.B.*, 1990, p. 218 ; F. Rigaux et J. van Compernolle, "Faillite d'office, fonction juridictionnelle et responsabilité de l'Etat du fait des actes du service public de la Justice", *R.C.J.B.*, 1991, p. 421.

(4) Voy. les rapports de M. Dony, de J. Sohier et de J. van Compernolle et G. Closset-Marchal publiés dans *La responsabilité des pouvoirs publics*, actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991 par la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain et la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1991.

(5) R.O. Dalcq, "Rapport de synthèse" in *La responsabilité des pouvoirs publics, op. cit.*, p. 518.

(6) Voyez les articles 27 et 28 de la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante.

suscitèrent une série de réflexions particulièrement fécondes. L'idée qu'à l'instar de l'étranger il était temps de revoir fondamentalement la question s'imposait avec force à l'ensemble des spécialistes.

2°) UNE SOLUTION PAR VOIE JURISPRUDENTIELLE

Même si aux yeux du monde juridique il ne faisait plus guère de doute qu'un système nouveau de responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux de la justice devait voir le jour, encore fallait-il savoir qui, du législateur ou du juge, allait décider d'un éventuel changement de cap sur ce point.

Les auteurs qui s'étaient exprimés sur la question appelaient de leurs voeux une intervention du législateur. Sans exclure catégoriquement toute construction jurisprudentielle, il leur semblait qu'il s'agissait là d'une question complexe aux enjeux importants et dont la solution devait pouvoir bénéficier de la légitimité démocratique.

Comme le relevaient les magistrats B. Dejemeppe et C. Panier : "A ce qu'il peut y avoir d'aléatoire dans une évolution jurisprudentielle, nécessairement chaotique, ne faut-il pas préférer en effet la clarté d'un débat politique sur une question qui l'est éminemment, et en espérer une issue satisfaisante qui témoigne d'un approfondissement de la maturité démocratique d'une nation ?" (7).

La manière dont la plupart des pays voisins avaient résolu ce même problème ne pouvait que confirmer pareille vision des choses. Dans ces États, le législateur s'était prononcé, il avait fait choix d'un système, avait défini son champ d'application, l'avait assorti de conditions. Pourquoi le législateur belge n'aurait-il pas lui aussi pris ses responsabilités ?

Habitué à ne plus agir que dans la précipitation sous la pression des besoins sociétaires jugés les plus urgents, le pouvoir législatif n'avait pourtant pas estimé opportun, jusqu'au jour de l'arrêt, de réfléchir à une éventuelle modification du principe de l'irresponsabilité.

Ce n'est pas dire qu'aucune initiative parlementaire n'avait été prise en ce domaine. Une proposition de loi avait bien été déposée (8) mais son objectif n'était pas de trouver une solution d'ensemble au problème ou de remettre en cause le principe classique d'immunité.

Le texte dont le Sénat était saisi visait seulement à faire face aux cas d'injustice les plus criants. Conçu suite au comportement irrégulier d'un magistrat du parquet qui avait provoqué une mise en faillite d'office, il entendait permettre au Ministre de la Justice de réparer les dommages causés par "certains actes non juridictionnels" à savoir les devoirs accomplis par le juge d'instruction au cours de l'instruction judiciaire et les actes accomplis par les magistrats du Ministère public en matière pénale concernant l'information, les poursuites et l'exécution des arrêts et jugements.

On ne pouvait nier qu'une telle initiative constituait un progrès. Il fallait toutefois constater qu'ici encore le législateur s'apprêtait à faire oeuvre essentiellement contingente et renonçait par là même à remplir sa véritable mission en reformulant des principes fondamentaux.

Aurait-il même souhaité la remplir que certains parlementaires, forts de leur expérience récente, redoutaient déjà "qu'une législation sur la responsabilité des

(7) B. Dejemppe et C. Panier, "La responsabilité professionnelle des magistrats. Indices d'une mutation ?", *J.T.*, 1989, p. 433. Voy. dans le même sens R.O. Dalcq, "Rapport de synthèse", *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 518.

(8) Proposition de loi déposée par MM. Van Rompaey et Gijs réglant la réparation des dommages causés par certains actes non juridictionnels, *Doc. parl. Sénat*, S.E. 1988, n° 279/1.

magistrats privilégie d'autres valeurs que celle de l'indépendance du pouvoir judiciaire" (9).

Quoiqu'il en soit, à l'époque, les préoccupations des hommes politiques étaient d'une toute autre nature. Enlisée dans des problèmes communautaires et budgétaires, la Belgique était alors en période de campagne électorale ; il ne faisait de doute pour personne que la formation du gouvernement prendrait du temps et que la question de la responsabilité du pouvoir judiciaire ne constituait pas une priorité pour le mode politique (10).

Face à cette carence du pouvoir législatif faut-il encore s'étonner de ce que le juge fasse ce que le législateur n'avait pas eu jusqu'alors la volonté ou l'audace d'entreprendre ? Certains soutiendront qu'il aurait encore fallu attendre, qu'endéans les 5 ans... ou les 10 ans... peut-être.... le parlement aurait pu....

La Cour de cassation a toutefois estimé que l'injustice de certaines situations impossible à corriger de par l'existence d'une jurisprudence basée sur le principe de non recevabilité des actions en responsabilité civile exercées contre l'État conférait au problème un caractère urgent et partant requérait de sa part une solution immédiate.

Le rôle naturel des juges et particulièrement de ceux qui siègent au sein des juridictions supérieures n'est-il pas d'assurer dans la continuité la cohérence de l'ordre juridique ?

A la réflexion, l'attitude de la cour paraît d'ailleurs d'autant moins déconcertante que déjà en 1920 ce même mode de solution avait été adopté en vue de réduire le nombre d'injustices dues à l'absence de responsabilité pour les actes accomplis par les agents de l'État-souverain. Le célèbre arrêt "La Flandria" du 5 novembre 1920 avait alors décidé que la responsabilité civile de l'administration était susceptible d'être engagée chaque fois que par la faute de ses agents il y avait eu atteinte à un droit subjectif (11). Des créations jurisprudentielles successives avaient ensuite balisé cette matière, toujours dans un but de protection plus accrue des individus vis-à-vis des pouvoirs publics.

3°) UNE AFFAIRE REPRÉSENTATIVE

Si la Cour de cassation entendait porter un coup fatal à la solution traditionnellement admise en matière de responsabilité du fait des actes juridictionnels elle se devait de se prononcer à l'occasion d'une affaire particulièrement révélatrice des graves dommages que le fonctionnement défectueux de la justice peut causer aux particuliers.

Son choix se porta sur une action en réparation des conséquences dommageables résultant d'une faillite prononcée d'office. La S.P.R.L. Anderlecht-Café qui avait été déclarée en faillite par le tribunal de commerce avait vu cette déclaration de faillite rapportée par la cour d'appel de Bruxelles pour la raison que le premier juge avait méconnu les principes de la publicité et du caractère contradictoire des débats. Une requête introduite peu après devant la commission européenne des droits de l'homme avait été déclarée irrecevable au motif que les voies de recours internes n'avaient pas été préalablement épuisées (12).

---

(9) R. Henrion, "Peut-on juger les juges ?", *Bulletin de l'académie royale de Belgique* - Classe des lettres et des sciences morales et politiques, 1990, p. 98.
(10) L'audience de la Cour de cassation au cours de laquelle furent prononcées les conclusions du Premier avocat général J. Velu en cette affaire fut tenue le 21 novembre 1991. Les élections législatives se déroulèrent le 24 novembre 1991 et le gouvernement fut constitué le 7 mars 1992.
(11) Cass., 5 mars 1920, Pas., 1920, I, p. 193 concl. Av. gén. P. Leclercq.
(12) Comm. eur. D.H., 10 décembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 227 note I.V.

Une action en dommages et intérêts avait alors été intentée devant le tribunal de Ière instance de Bruxelles. Il s'agissait d'obtenir de l'État réparation du préjudice subi en raison du comportement fautif des magistrats du tribunal de commerce de Bruxelles. Le tribunal déclara la demande non recevable. Le jugement fut confirmé en appel "pour le motif que recevoir cette action reviendrait à nier l'autorité de la chose jugée et porterait atteinte aux principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent" (13).

Les intéressés, dont il convient au passage de souligner la détermination et l'acharnement, formèrent un pourvoi devant la Cour de cassation. C'est à propos d'une telle affaire que la Cour décida de se prononcer sur le problème "de la responsabilité de l'État pour fautes commises par des magistrats judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions".

La doctrine qui avait émaillé de ses commentaires les différentes étapes de la procédure ne pouvait manquer d'être attentive à la solution qui y serait apportée (14).

II — UNE DÉCISION FAISANT AUTORITÉ

Une décision de justice reconnaissant que l'État pouvait sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil être responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public aurait pu passer relativement inaperçue sur le plan des principes si elle avait été dépourvue de certains attributs. C'est qu'en réalité les décisions jurisprudentielles tirent leur autorité de leurs qualités intrinsèques.

A cet égard, trois éléments seront examinés : l'autorité d'une décision dépend en effet de la juridiction qui l'a rendue, du bien-fondé de la solution qu'elle avance comme de la manière dont celle-ci est présentée.

1°) LA JURIDICTION QUI REND LA DÉCISION

Juridiction au ressort national, placée de plus au sommet de la hiérarchie de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation jouit d'une autorité prépondérante. Il est dès lors clair que les arrêts qu'elle prononce participeront de cette même autorité. L'arrêt du 19 décembre 1991 bénéficie donc du crédit qu'il convient de reconnaître à la juridiction qui l'a rendu.

Pour l'affaire qui nous occupe cette constatation, à l'allure de vérité d'évidence, mérite toutefois d'être complétée. La décision est en effet précédée de conclusions particulièrement développées du ministère public. Ces conclusions qui sont conformes à l'arrêt ont été rédigées par le Premier avocat général J. Velu dont les écrits sur la matière font autorité (15) Nul doute que sa personnalité ait pesé sur la solution adoptée et que l'arrêt tire également son autorité de la valeur des conclusions prononcées.

---

(13) Civ. Brux., 24 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 236 confirmé par Brux., 21 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1485.

(14) A. Van Oevelen, note sous civ. Bruxelles, 24 décembre 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 260 ; J.-L. Fagnart, "Droit de la défense et déclaration de faillite", *R.C.J.B.*, 1990, p. 248, n° 38.

(15) J. Velu, ."Eléments essentiels d'un régime de responsabilité publique pour les actes juridictionnels" *Actes du quinzième colloque de droit européen*, Strasbourg, 1986, p. 82 à 125.

2°) LE BIEN-FONDÉ DE LA SOLUTION

L'autorité d'une décision ne dépend pas uniquement de la place qu'occupe dans l'ordre juridique la juridiction que l'a rendue. Elle se dégage également de la pertinence de son contenu. Il est important en effet que la solution qu'elle avance apparaisse comme étant la meilleure compte tenu du droit positif et des exigences sociales du moment.

D'emblée, le ton est donné, l'arrêt se veut novateur mais dans la continuité. En son premier attendu la cour reprend en effet presque mot pour mot une des propositions-clé de l'arrêt La Flandria du 5 novembre 1920. En déclarant que "l'article 92 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils et qu'en vue de réaliser cette protection, le constituant n'a eu égard ni à la qualité des parties contendantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation" (16), la cour entend se placer dans le sillage des grands arrêts de *principe* qui ont balisé la matière de la responsabilité des pouvoirs publics.

L'arrêt s'attache ensuite à redéfinir les relations entre les propositions normatives existant au sein de l'ordre juridique belge et plus précisément à tirer les conséquences d'une perception toujours plus affinée du principe de l'État de droit. Ce principe qui aux dires de la cour soumet l'État comme les gouvernés aux règles de droit, et notamment aux articles 1382 et 1383 du Code civil qui régissent la responsabilité, a-t-il acquis dans notre système juridique une place à ce point importante que le domaine d'application d'autres principes doit être redéfini ?

En déclarant que ni le principe de la séparation des pouvoirs ni celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire ni celui de l'autorité de la chose jugée ne permettent d'affirmer que l'État serait d'une manière générale dispensé de réparer le dommage résultant d'une faute commise dans l'exercice du service de la justice, la Cour de cassation répond par l'affirmative.

Après avoir signalé que les articles du Code judiciaire organisant la prise à partie ne sauraient être compris comme excluant la responsabilité de l'État, il s'agissait de formuler les propositions essentielles du nouveau régime. Le principe est alors énoncé, les notions sont esquissées, les limites sont tracées, le tout formant en somme un ensemble au contenu semblable à celui qui pourrait présenter une norme législative.

C'est ainsi que la cour est amenée à préciser les modalités d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil à la responsabilité de l'État pour faute du pouvoir judiciaire. La notion de faute est d'abord circonscrite. Il s'agira tantôt d'un comportement qui viole une norme tantôt encore d'une imprudence ou d'une négligence qui dépasse ce qui peut raisonnablement être admis dans les circonstances où se trouvait placé le magistrat.

Une limite au principe de responsabilité de l'État est ensuite posée. Relative aux actes juridictionnels, elle est liée à la nécessité de garantir la cohérence du système judiciaire et plus précisément le principe selon lequel l'autorité de la chose jugée ne peut être remise en cause que par l'exercice des voies de recours. "La demande tendant à la réparation d'un dommage causé par un acte constituant l'objet direct de la fonction juridictionnelle ne sera, en règle, recevable que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée et force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie" (17).

(16) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 239 et Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 152.
(17) Cass.,19 décembre 1991, *J.T.* 1992, p. 152.

Les bases de la construction jurisprudentielle sont jetées, il ne reste plus alors à la cour qu'à affirmer leur parfaite conciliabilité avec les règles déjà existantes dans le système juridique.

Si la solution ainsi dégagée est certes le fruit d'une minutieuse analyse du droit positif comme de l'esprit des lois et des principes généraux, encore convient-il de se demander si pareille solution constitue une réponse adéquate aux besoins sociétaires du moment.

Qu'il suffise de souligner ici les difficultés de plus en plus importantes qu'éprouve actuellement l'opinion publique à admettre le fait que l'État bénéficie d'un régime d'immunité comme le fait qu'un justiciable soit victime d'une discrimination qui ne puisse être réparée.

Résultat d'un arbitrage entre valeurs sociétaires, la solution choisie par la cour apparaît de la sorte comme équilibrée et susceptible de rencontrer l'adhésion du plus grand nombre.

3°) LA PRÉSENTATION DE LA DÉCISION

L'importance de la forme des décisions de justice a été maintes fois soulignée. Chacun sait qu'une langue hermétique compromet l'intelligibilité et qu'un mauvais ordonnancement des propositions ruine l'efficacité du meilleur raisonnement.

Aussi faut-il s'interroger sur la manière dont la décision qui nous occupe est présentée afin de voir si, sur un plan formel, elle est dotée des qualités essentielles pour s'imposer.

La lecture de l'arrêt ne laisse subsister aucune incertitude ; la Cour de cassation a voulu ici transcender l'affaire dont elle était saisie et donner à son arrêt valeur d'avenir. Cette volonté de faire jurisprudence se traduit par plusieurs indices formels.

Le style utilisé est dépouillé, cartésien. L'arrêt rendu n'a en effet rien de commun avec les décisions alambiquées ou ésotériques qui sont parfois celles de la Cour. La langue est ciselée, précise, les phrases sont logiquement agencées ; l'objectif est manifestement d'être compris par la communauté des juristes. Certes, d'aucuns pourraient dire que les propositions qui forment les attendus affirment plus qu'elles ne démontrent, mais ce serait ne pas tenir compte des remarquables conclusions du Ministère public qui, conformes à l'arrêt, peuvent tenir le rôle d'appareil référentiel et par là-même, à l'instar des travaux préparatoires d'une loi, éclairer la solution retenue.

Une autre caractéristique formelle de l'arrêt tient au fait que la solution au problème juridique posé est expressément formulée sous une forme normative. Pas question pour le lecteur de se perdre en conjectures en se demandant si, d'un ensemble de considérations particulières à l'affaire, il y a lieu d'induire une ligne de conduite. Ici, la conduite à suivre est expressément énoncée sous la forme lapidaire du principe afin de laisser une large place aux précisions et adaptations qui, au fil du temps viendront lever les incertitudes qui demeureraient.

Ainsi, exprimées les propositions émises par la Cour de cassation ont manifestement pour objectif de servir de modèle aux juridictions de fond. Depuis une dizaine d'années en effet leur jurisprudence ne témoignait plus de la belle unanimité d'antan. Certains juges n'hésitaient pas à critiquer explicitement le principe classique ou à tout le moins tel ou tel argument traditionnellement invoqué à l'encontre de la

responsabilité de l'État (18). D'autres, par contre, adoptaient la solution traditionnelle mais assortissaient leur décision d'une motivation à ce point développée que chacun pouvait imaginer les nombreuses controverses qui l'avait précédée (19). Sans doute était-il temps d'orienter une jurisprudence hésitante en prenant clairement position sur une question qui divisait les esprits.

III — LE CONSENSUS DU CORPS SOCIAL

Pour qualifier de règle jurisprudentielle ce qui n'est encore au moment du prononcé de l'arrêt, qu'une proposition émise par la Cour de cassation, il faut qu'un consensus se dégage à son égard. La solution mise au point par la Cour a-t-elle des chances de bénéficier de pareil consensus ?

A l'heure où cet article est rédigé, soit 6 mois à peine après le prononcé de l'arrêt, il est assurément trop tôt pour se prononcer d'une manière définitive sur cette question ; car qualifier une décision comme étant une décision de principe est une appréciation faite *a posteriori* lorsqu'il apparaît de façon certaine qu'elle constitue le modèle, l'étalon, pour la solution du point de droit concerné.

Il reste qu'aujourd'hui déjà certains indices peuvent être relevés qui sont autant de signes annonciateurs de la naissance d'une règle jurisprudentielle.

Un premier indice est relatif à la publication de la décision ; une décision qui ne serait reproduite que dans le bulletin des arrêts de la Cour et la pasicrisie, comme le sont la majorité des décisions prononcées par cette juridiction n'est généralement pas promise à un grand avenir jurisprudentiel. Pour pouvoir servir de modèle de solution, il faut qu'elle soit d'abord largement connue.

A cet égard, il faut observer que la décision du 19 décembre 1991 a connu une diffusion exemplaire. A peine avait-elle été prononcée que la presse quotidienne s'en emparait, la portant ainsi à la connaissance du grand public (20).

Ce furent ensuite les revues juridiques qui publièrent l'arrêt assorti tantôt de notes (21) tantôt des conclusions du ministère public (22) si bien que l'on peut raisonnablement avancer qu'aujourd'hui tout juriste belge normalement informé devrait connaître son existence.

Un deuxième indice peut dès ce jour être signalé. Dans ses premiers commentaires la décision de la cour n'a fait l'objet d'aucune levée de bouclier. Si d'aucuns se sont interrogés sur l'interprétation de telle expression voire de tel attendu, pas un auteur de doctrine n'a jusqu'à présent pris la plume pour contester la manière dont la solution a vu le jour, ou pour mettre en cause le bien-fondé de celle-ci. Bien au contraire, un climat général d'adhésion se dégage de l'ensemble des articles et notes de jurisprudence publiés. La décision y est perçue comme étant de bon sens. Le fait qu'elle soit parvenue à trouver un point d'équilibre entre les aspirations latentes du moment et la législation en vigueur fait qu'aux yeux des commentateurs elle apparaît même nécessaire (23). Bref, rien ne s'oppose à ce qu'elle serve de modèle de solution.

Encore fallait-il que des cas d'espèce soulèvent la question de la responsabilité de l'État du fait des magistrats et qu'ainsi les juridictions de fond

(18) Voy. notamment, Pol. Nivelles, 3 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 61 note B. Dejemppe ; Bruxelles 4 novembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 177.
(19) Bruxelles, 4 novembre 1986, *R.G.D.C.*, 1988, p. 88 note A. Van Oevelen.
(20) Voy. notamment La Libre Belgique du 3 janvier 1992, p. 5.
(21) Cass. (1ère ch.), 19 décembre 1991, *R.R.D.*, 1991, p. 411 obs. C. Jassogne, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42 obs. F. Piedboeuf, *Journ. proc.*, 1992, p. 20, obs. C. Panier, *R.G.D.C.*, 1992, p. 65 obs. A. Van Oevelen.
(22) Cass. (1ère ch.), 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 142 concl. Prem. av. gén. Velu.
(23) Cette observation ne va pas sans rappeler une des conditions d'existence de la coutume : *l'opinio necessitatis.*

notamment aient l'occasion d'appliquer la solution mise au point par la cour. C'est ici qu'apparaît le troisième indice, bien mince en réalité puisqu'il s'agit d'un seul arrêt, celui que la 6ème chambre de la Cour d'appel de Bruxelles a rendu le 30 mars 1992 dans une affaire où il ne s'agissait pas d'apprécier un acte juridictionnel mais le comportement d'un juge commissaire désigné dans le cadre d'un concordat (24).

Même si certains attendus de l'arrêt sont critiquables (25), il est intéressant de relever que la Cour d'appel reprend à son compte le raisonnement de l'arrêt du 19 décembre 1991 et reconnaît le principe de la responsabilité de l'État à raison des actes fautifs des magistrats.

Certes, tout comme "une fois n'est pas coutume" une seule application de la solution ne fait pas la règle jurisprudentielle. Il faudrait que d'autres juridictions de fond se prononcent dans le même sens, que la Cour de cassation elle-même fasse preuve de constance en réitérant, dans d'autres décisions et si possible dans les mêmes termes, les propositions clés de son arrêt.

Il faudrait également être attentif aux suites données aux premières décisions qui condamneraient l'État à payer des dommages et intérêts et être certain qu'il n'y ait d'opposition ni du pouvoir exécutif, qui par exemple refuserait d'exécuter une condamnation, ni du pouvoir législatif qui saisirait l'occasion pour légiférer sur la question.

Alors seulement ce qui n'est aujourd'hui que probabilité se transformera en certitude et l'heure sera venue d'affirmer que le 19 décembre 1991 la Cour de cassation a fait naître une règle jurisprudentielle.

Considérée comme ayant apporté une réponse adéquate au mouvement des idées, jugée aussi comme faisant autorité de par ses qualité intrinsèques, la décision sera imitée, elle servira de modèle de conduite aux différents organes de l'État. Seul un changement dans les données du problème, une évolution des idées ou une modification de la législation, provoquera une rupture d'équilibre et obligera à revoir la règle.

Louvain-La-Neuve, le 20 juin 1992

(24) Bruxelles (6ème ch.), 30 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 456.
(25) Voy. R.O. Dalcq, "La responsabilité de l'Etat du fait des magistrats", *J.T.*, 1992, p. 453.

R.R.J. 1993-4
Pages 1207 à 1240

LA JURISPRUDENCE ET LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES

THE METHODS BY WHICH JUDGES UTILIZE LEGAL PRINCIPLES ANNOUNCED IN PAST CASES

Par

John P. ROONEY
Professor of Law, The Thomasm Cooley Law School (U.S.A.)

Lawyers and judges think of past cases as a source of law. The rules established by case law gradually change even though the idea is to apply existing law to new facts (1). "There is no change in the official formulation of the norm" (2). Conversely appellate courts sometimes announce a rule change in cases where the outcome could be justified by applying other persisting rules. This paper does not address situations where a judge or the lawyers admit that they seek to overrule or delegitimate old case law.

In a 1947 essay (3), Max Fisch quotes Chauncey Wright as having written in 1873 : "The judge cannot rightfully change the laws that govern his judgments ; and the just judge does not consciously do so. Nevertheless, legal usages change from age to age. Laws, in their practical effects, are ameliorated by courts as well as by legislatures. No new principles are consciously introduced ; but interprétations of old ones (and combinations, under more precise and qualified statements) are made, which disregard old decisions, seemingly by new and better definitions of that which in its nature is unalterable, but really, in their practical effects, by alterations, at least in the proximate grounds of decision ; so that nothing is really unalterable in law, except the intention to do justice under universally applicable principles of decision, and the instinctive judgments of so-called natural law".

At the time, Wright, C. S. Peirce, William James and Oliver Wendell Holmes, Jr., were all members of the Metaphysical Club meeting in Cambridge, Massachussetts. This was the club that gave birth to pragmatism.

If precedent is law, a court is often "obliged to follow" certain decided cases or the principles embodied therein. The hermeneutics of case law may differ from consulting the Koran or the Bible or a statute. But a cadi might have in mind hundreds of illustrations, and a judge might view old cases as applications of a code rather than as independent authority. What seems to be reasoning by analogy may

(1) O. Holmes, The Common Law (1881), p. 35.
(2) Bulygin, On legal Interpretation, page 12, Plenary Lecture, 15th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy.
(3) Evolution in American Philosophy in *Peirce, Semeiotic* and *Pragmatism* (ed. Ketner and Kloesel, 1986) at p 28.

only be a second application of a broader principle determinative of two distinguishable legal questions (4). The authority of a single old case is limited by the rival authority of all the other old cases. Its authority is also limited by the notion that dicta are not holdings.

A small legal society such as the early English bar is a "community of inquirers", as C. S. Peirce suggests for scientific progress. Modern lawyers search authoritative texts for promising remarks. They do not have long discussions around the Temple table of what the lax should be and is.

The practitioner often has reasons to distinguish, i.e., render irrelevant, an unwelcome old ruling (5). At other times, he wishes to expand the scope of old rulings that other lawyers might not have thought relevant. This is purposive, practical reasoning in action.

Practical reason applies intelligent methods to achieve agreed objectives (6). Case law is one means to resolve disputes in acceptable ways. We are acculturated to submit to the decisions of professional lawyers. We have been convinced that our judges will more or less impartially apply sources of law determined before the specific dispute arose (7). Case law is a by-product of previous resolutions (8) Previous holdings are ready-made solutions so far as they go (9). This foreseen commitment to use today's ruling in tomorrow's dispute keeps the judges honest. The judge can say his hands are tied, he has no choice.

In America, past cases have been a source of law. In recent years, many appellate courts have decided which of their opinions are to be sources of law. Other decisions cannot be cited as authority in subsequent cases. They are ordered not to be published. Judges in lower courts are bound by published holdings of higher courts in their states. American federal courts must apply state case law to disputes between citizens of different states. State courts often apply case law from other states under binding choice of law principles.

Legal theorists note that the law established by cases very gradually changes despite the stated effort to apply existing principles without novelty (10). Case law exhibits the dynamic potential Jakobson attributed to language. According to Deely, natural languages transcend stipulative controls. Case law, like ordinary language, is in touch with the physical world and is produced by many individual thinkers as a social product "constituted by and constitutive of the linguistic (legal) and cultural tradition they express, in a kind of circular feedback relationship" (11).

The plaintiff and defendant typically care only about the outcome and very little about the justification or rationalization therefor (12). So let us consider the effects on the rest of us. The rest of us care about the opinions because of their precedential or law-making value. How many hundreds of pages of authoritative court opinions are produced each year in the United States ? How many hundreds of pages of legislation and regulations ? Abbreviation or consolidation is desirable. That is one reason to codify the law and then to forbid the citation of older law.

---

(4) See Posner : *Problems of Jurisprudence* (1990), p. 89.
(5) Golding, Substantive Interpretation in Commun Law Elaboration, p. 151, Plenary Lectures, 15th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy.
(6) Posner, n. 4, p. 107. But see Moffat, Abstracts, 15th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy p. 66-67.
(7) Giraudo : Legal Reasoning and the Judicial Process, 66 American Bar Association Journal 1170 (1980).
(8) Golding, n. 5, p. 145.
(9) Wright : Precedents, 4 Univ. of Toronto Law Journal 247, 276 (1942).
(10) See Pipe, Abstracts, 15th World Congress on Philosophy of Lax and Social Philosophy, p. 239.
(11) Deely, *Introducting Semiotic*, p. 89-90.
(12) Paton, Ratio Decidendi, 63 Law Quarterly Review 461 (1947).

The United States Supreme Court deals in depth with about 100 cases per year. The French Cour de Cassation in its several chambers disposes of 10,000 cases per year or more. (Chambers resemble the panels found at intermediate appellate levels in America). If precedent is law, a court is obliged to "follow" cases decided by higher courts. These are the highest courts of their nations. Anyone in the society, or at least litigants, would be governed by the generalizable case outcomes or propositions to which a majority of relevant appellate court judges subscribed as well as being governed by the generalities expressed in ordinances, statutes and constitutions. None of us have read or digested all the law to which we are amenable.

The computer may have come along just in time for American citators (13). One must find a general expression before appraising it as binding or as dictum. Even if a series of cases has to be summed up, they must be found and understood before being epitomized. A dissent may include some generalities with which the majority agree. Indeed the majority may agree with all the dissenter's generalities and nevertheless disagree as to the outcome. Note too that future readers of a majority opinion may not admit to any disagreement with the generalities but nonetheless reach an outcome another reader suspects would not have been reached by the prior panel with these new facts before them. See *Keystone Bituminous* (14) disagreeing with *Pennsylvania Coal* (15) without formally overruling it. A case law system requires that the current adjudicator grapple with old cases. One might give varying weight to more respected pas adjudicators or to larger past panels. A judge reading old cases could react to them as he would to an advocate's speech, as persuasive rather than authoritative. This would not be a full-blown theory of precedent as law.

If old cases have been read by a sizable gourp as laying down the law, a judge might think twice about changing the rule. As to a more open question, any ruling involves some unjust retroactivity. But like cases should be decided alike (16) and differences between cases should seem to matter. "A rule extends only so far as its reason" and perhaps only as far as its facts. And see *Wagon Mound I* (17) and *II* (18), and Bulygin (19). French judges are prohibited from laying down general rules ; ideally they cite code sections as requiring this result on these facts (20). In practice, the small appellate bar will be well aware of indisputable case law.

In Paton's 1947 article on Ratio, he counted heads in a certain case and demonstrated that none of the arguments of the winner had been agreed to by a majority of judges (21). Conversely the judges may agree on grounds in cases described as plurality rather tahn majority opinions (22). One argument may convince some, another some more. (Disjunction as protasis). Lawyers sometimes reason that the argument of a dissent has been rejected by a majority when it is only the dissenter's conclusion we can be sure was rejected. A number of well-known cases have provisionally (arguendo) presumed alleged facts only to conclude that the loser still loses. These hypotheticals are difficult for the average lawyer.

(13) R. Lawlor : What computers can do : Analysis and Prediction of Judicial Decisions (1963), 49 A.B.A.J. 337.
(14) 480 U.S. 470 (1987).
(15) 260 U.S. 393 (1922).
(16) Golding, n. 5, p. 143.
(17) (1961) A.C. 388.
(18) (1967) 1 A.C. 617.
(19) N. 2 supra, p. 9.
(20) Dawson, *The Oracles of the Law*, (168), p. 400 et seq.
(21) See alsol Honoré : Ratio Decidendi ; Judge and Court, 71 L.Q.R. 196 (1955) on how to count English judges's reasons.
(22) See Plurality Decisions, 94 Harvard Law Review 1127, 1130 (1981).

Paton also points out that a subsequent judge may agree with earlier dicta whether or not he has to. Future uses of a case reveal its ramifications, though the fruit may have been implicit in the seed. Paton also points out that joint drafts usually eliminate idiosyncratic views.

How does a case law lawyer cope with seriatim opinions ? The English have a great deal of experience with a more binding notion of precedent and no majority opinion (at least in the traditional English format). The American rule may be that no opinion is a matter of "stare decisis" unless a majority have concurred in it (23). Before John Marshall's time the United States Supreme Court opined seriatim (24). All of us have experience coping with a group of old cases, none of which are forsworn, which seem to conflict with one another as to reasoning although one could piece together a complex set of rules compatible with all the past cases' outcomes. Cf. Ptolemy's epicycles.

A judicial opinion states the highlights of the reasons for the judge's vote as to the court's judgment. Many intermediate conclusions of law and fact go unexplained. Judges are supposed to apply general governing principles, law, to relevant believed facts. Rational people have reasons for their decisions, but they seldom have to report them formally to the world at large. American judges, when they sit without a jury, have to make formal Findings of Fact and Conclusions of Law in order to facilitate appellate review. The French revolutionaries required judges to state their reasons publicly, what law applied to what facts, in order to facilitate popular sovereignty. This rule did not last long in France. In America, we have rules about panels, collegial action, en banc and one judge as agent for a panel (25). If we want one person to cobble together an opinion with which a decisive group is satisfied, we will to a degree have reconcealed the decider's announceable or mentionable reasons. There may be many paths to the same conclusion. Consider 50 million people deciding to vote for a certain presidential candidate. Luckily they did not have to agree on a write-up of their reasons. Nor did they publish 50 million special concurrences.

In the past, Justice Frankfurter, among others, expressed a desire for each justice to state his relevant reasons separately (26). On the other hand, the establishment view has been that appellate courts should strive for unanimity (27) and to uphold precedent (28). More accomodation could be readily achieved at the sacrifice of outspoken principle (29). Justice Holmes and others have said it is better to go along than to quibble. Should time and effort be spent putting together acceptable majority opinions or are separate opinions the product of there being too many clerks with time to write ? One does not need a separate opinion to apply obvious precedent routinely, e.g., per curiam decisions. As Justice Stevens has noticed, per curiam decisions are not all unanimous these days (30). One might not even have an appeal on which to vote if there is unassailable precedent. Even if a party sought review, the Court would probably not have entertained it. Debatable cases rise to discretionary review. More often than not the lower court has cited what it claimed to regard as decisive precedent or legislation.

(23) 21 Corpus Juris Secundum 306.
(24) See, e.g., *Hylton* v *United States*, 3 Dallas 171 (1796).
(25) See American Bar Association Standards for Appellate Courts (1977°.
(26) *Graves* v *New York*, 306 US 466, 487 (1939).
(27) Pwell, Stare Decisis and Judicial Restraint, p. 15, July, 1990, New York State Bar Journal at p. 20.
(28) *Washington* v *Dawson*, 264 U.S. 219 (1924).
(29) Davis and Reynolds, Judicial Cripples : Plurality Opinions, 1974 Duke 59, 78.
(30) Some Thoughts on Judicial Restraint, 66 Judicature 178 (November, 1982).

Even in England the long-standing view had been that prior cases were only evidence of the law (31). Old decisions that feel right might be deemed instances of justice having been done. From such data or evidence, jurists might attempt to induce rules. Paton compared it to plotting points on a graph. Later we might fit a curve. In a more confident age the legal rulings illustrated a transcendental body of principles. In a more skeptical age the principles became clouded or inaccessible as though we were in Plato's cave.

According to Kempin, "stare decisis" became accepted in the United States, but supreme courts often overrule prior cases. Only a few cases are frequently cited. Se Shepard's Citator. For an informative discussion of state court opinion writing, see Illinois's Justice W. Schaefer's 1955 speech (32).

Reliable court reporters and appellate review are crucial to American case law. A subordinate judge is likely to bow to any quote from a higher court, even in England (33). He will not be too keen on saying that the remarks of his superiors were dicta. So the parties's lawyers, aided now by Lexis and Westlaw, hunt for statements that logically support one or the other litigant's arguments (34). Before the 1870s the English high courts were coordinate or equal and often disagreed as to the law. Opinions of the House of Lords could not be published. Even a unified court could harbor conflicting cases (35).

In England supposedly the court being asked to apply an old case will decide upon its ratio decidendi ant the significance of the old case for the new and will feel free to reject other statements propounded in the law report (36). (In America, we refer to Holding and Dictum (37)). This is so even if the litigants and judge in that old case thought the rejected propositions crucial (38). Compare an English barrister or American lawyer concocting an advisory legal opinion (39). A Goodhart said that every case had a ratio in terms of its facts from the view of the opining judge (40). There will have been a fact-set premise and a legal conclusion. Cf. a jury instruction which implies some law.

The battle continued in an article by Julius Stone (41). He says that even though appellate judges purport to draw rationes from past cases, realistically they may be pouring new wine into old bottles (42).

David Derham, writing on Precedent, explains the narrowing of the ratio as an effort to shrink "binding" law (43). First the judges reduced their liberty by declaring themselves bound. Then they minimized the amount of binding precedent as a Catholic minimizes the amount of ex cathedra, hence infallible, papal doctrine.

Derham cites, inter al., Oliphant's address to the Association of American Law Schools (44). Oliphant sought to "triangulate" the holding of the case. He seems to have thought that the writ system had prevented runaway abstraction or over-generalization. He criticized collections of "judicial generalities" such as the Corpus Juris cyclopedia, an unoutlined form of West's Key Number Digests.

(31) Kempin : Precedent and Stare Decisis, 3 American Journal of Legal History 28 (1959).
(32) Precedent and Policy, 34 U. of Chicago Law Review 3;-25 (1966).
(33) See Paton, n. 12, 1947.
(34) Golding, n. 5, p. 148.
(35) Golding, n. 5, p. 151.
(36) R. Cross, *Precedent in English Law* (3d edition 1977).
(37) K. Greenawalt : Reflections on Holding and Dictum, 39 Journal of Legal Education 431 (1989).
(38) Comment, 36 University of Colorado Law Review 377 (1964).
(39) Ratio Decidendi of a Case, Simpson, 22 Modern Law Review 453 (1959).
(40) Ratio Decidendi of a Case at 22 Modern L. R. 117 (1959).
(41) The Ratio of the Ratio Decidendi, 22 Modern L. R. 597 (1959).
(42) See alsol R. Samek, The Dynamic Model of the Judicial Process and the Ratio Decidendi of a Case, 42 Canadian Bar Review 433 (1964).
(43) 79 L. Q. R. 49 (1963).
(44) A Return to Stare Decisis, 14 A.B.A.J. 71, 159 (1928à.

Lawyers use C.J.S. to find cases not as independent authority for a legal proposition. He seems to have foreseen today's computer concordance technique of legal research.

Scientists have patiently accumulated narrow but trustworthy results. Case law may have a similar virtue if we keep it particular. Former Justice Powell has suggested that the United States Supreme Court has been ruling too broadly (45). Oliphant thought judges' rulings were more valuable tan the reasons they gave. Cf. the views of Carter. The American legal theorist James Coolidge Carter (1827-1903) called the common law unwritten and argued it was preferable to the Codes (46). Like Savigny, he favored slow organic accumulation of case law. Case law leaves loopholes because the rules announced are provisional and subject to being distinguished into irrelevance as to a future case. Codification requires uncommonly good foresight for the just solution of future disputes. See Roscoe Pound's 1911 speech, Courts and Legislation (47). Pound's speech compares precedent-law to a scientist's trial hypothesis. He also discusses "interpretation" as involving application (48). The idea lives on.

(45) See supra note 27.
(46) The Provinces of the Written and the Unwritten Law, 24 American Law Review 1 (1890).
(47) 7 American Political Science Review 361 (1915).
(48) See Bulygin, n. 2, p. 8 and Varga, Abstracts, 15th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, p. 77, and Viola, p. 78.

THE LACK OF JUSTICIABILITY AS A PROBLEM IN RECOGNIZING POSITIVE SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS

Par

P. John KOZYRIS
Professor of Law, The Ohio State University, Columbus, Ohio (USA)

OUTLINE

I - INTRODUCTORY PREMISES

A - The Judicial Function

1 - Core : to apply existing law, not to create new law.

2 - But process not entirely mechanical : courts "interpret" the law, finding or establishing true meaning and generating or deriving more concrete norms on the path to individualized application ; also fill gaps within a general framework.

3 - The more general or vague the legal provisions, especially when they consist of principles, standards or policies which compete for recognition rather than of specific rules which apply on an all-or-nothing basis, the more creative the guided discretion of judges.

4 - Courts typically address issues that are "justiciable" not only in the sense of not being committed to other branches of the government (e.g., political question-separation of powers) but also of being amenable to adjudication (in a setting where both the law and the relevant facts are determinable) and capable of resolution by court order or decree. These requirements do not apply only in the private law sphere, where damages or specific performance is the normal remedy, but also in public law where the powers of the government are defined and the fundamental rights of the citizen are protected.

B - Rights and Claims Before the Courts

1 - Terminology not always clear and consistent but right plus remedy (normally a judicial one) equals claim.

2 - In the liberal, democratic tradition, the fundamental rights or claims are typically "negative", or trumps against governmental action limiting the personal freedoms, e. g., of expression. Even the right or equality may be expressed in negative terms as freedom from discrimination.

3 - Typically, these trumps are also enforceable by negative court orders, either invalidating specifid governmental action or enjoining the government from taking certains action. Even in enforcing equality, the most common remedy is negative, i.e., invalidation rather than extension of the preference.

4 - This method of enforcement makes the related claims "justicialbe" in the sense that the court deals with a determinable and limited universe of legal norms, even where stated in general and vague terms decause they contain their own paths of concretization, a manageable universe of relevant facts and a narrow particular situation where a specific solution is possible.

5 - In the fundamental rights field, positive entitlements present special difficulties of recognition and enforcement. While actions against governmental "inaction" are non unknown in administrative law, the right to be inforced must be clear and individualized ; therefore, this approach is not easily transferrable to a generalized addirmative protection of fundamental entitlements.

6 - In the rest of this outline, the focus will be on the problems of justiciability raised by positive social and economic rights.

II - THE RIGHT TO WORK AND THE RIGHT TO EDUCATION : HOW JUSTICIALBE ?

A - Definitions

1 - The right to work and to education have been included in many post-W.W.II European constitutions and in international texts such as the U.N. Universal Declaration of Human Rights and the related U.N. Convenant. They also dominated the former socialist-communist constitutions.

2 - Typically, these rights are merely stated in general terms and not defined or qualified in any way. In some texts, there is reference to "suitability" fort the work and to "free public" education. Furthermore, no special instutional structure or procedure is set up for their regonition and enforcement.

3 - The value of such rights as programmatic declaration of good intentions and even as guides and justifications for legislative action is not at issue here. The question is whether these rights are stated in terms that make them judicially cognizable.

B - The Problem of Justiciability

1 - The mere fact that these rights are articulated in general language does not make them non-justiciable. For example, nothing could be more vague than the right to freedom of expression.

2 - However, the additional fact that they constitute positive entitlements rather than negative freedoms complicates matters.

3 - Incidentally, it is possible to derive some negative commands from these rights. For example, the right to work may be interpreted to prohibit discharge without cause by public or even private employers unless a new job is provided ; and the right to free public education may perhaps support an order fordidding the licensing of private schools. Such clumsy concretisation, however, not only creates a tight straight-jacket which both overkills and underprotects but severely limits

private economic freedom which is clearly not consistent with the nature of these rights as public entitlements. Thus, the rights to work and to education should remain basically classified as positive claims against the government rather than as limitations on the actions of other citizens.

4 - The justiciability complication arises not so much in the realm of the values underlying these rights as in the methods for their regonition and in the processes for their implementation.

5 - Focusing on the public entitlement basic feature of these rights, first it is not disputed that they are subject to a general reservation of the availability of public funds and of some forme of prioritization among the various public needs. These economic considerations are not only extremely complex and variable in time and place but require making choices of political and social policy not normally within the judicial function. In addition, the courts are incapable and even constitutionally prohibited from forcing the government to impose or raise taxes or other forms of public revenue.

6 - Second, even if these obstacles were somehow overcome, the suitability of a particular job or of a particular kind of education to a particular person at a particular time and place is subject to so many variables and to such an ongoing evaluation of economic circumstances that the judicial resources of fact finding and individualization will be stretched beyond any reasonable limit. This is not meant to argue that all economic notions such as harm, market power, reduction of competition, etc., are not amenable to judicial measurement. But it does suggest the non-justiciability of broad matters of economic policy and structure, especially when the availability of financial resources and the suitability of particular means and measures are at issue.

7 - Third, a related problem is the difficulty of devising a definitive remedy, given the fact that the suitability of a job and of an education plan changes prospectively over time and place. Judicial remedies are typically backward looking, redressing a wrong committed in the past and capable of being currently complied with without further judicial participation. Courts are not well equipped to undertake continous, variable administrative duties of overseeing future developments as the U.S. school desegregation cases have demonstrated.

8 - A possible crude monetary remedy judicially fashioned under these rights, a social salary for unemployment, e.g., of $ 1,000 a month or a school voucher of $ 8,000 a year may be viewed as a solution of last resort but it is not free of serious deficiencies. Not only is the fit quite questionable but also the conditions of entitlement are too complex and difficult to assess. Indeed, the enormous financial burden that such remedies would impose and the inevitable tax implications call for legislative rather than judicial evaluation.

III - CONCLUSION

The positive economic and social rights incorporated in some recent legal texts may express desirable policies and, as declarations, may empower government to take implementing action or may serve as aids interpreting other ambiguous texts. However, they do not meet the criteria of adequate justiciability or other form of crystallization or concretization without legislative or rule-making intervention. Calling them "rights" is not only is confusing and misleading but may detract from the righthood of the traditional negative fundamental civil and political rights recognized in liberal democratic constitutions.

RÔLE ET NATURE DE LA JURISPRUDENCE
Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence

Par

Giovanna VISINTINI
Professeur de droit civil à l'Université de Gênes (Italie)

J'ai volé le titre de mon intervention à une fameuse conférence qui a eu lieu le 13 mai 1963 faite par le Professeur Gino Gorla qui, le premier en Italie, a mis sur pied un programme de recherche sur les arguments de ce congrès ; "Rôle et importance de la jurisprudence et valeur de précédent judiciaire". Gorla était titulaire d'une chaire de droit comparé à l'Université "La Sapienza" de Rome.

Actuellement, en Italie certaines écoles de droit civil s'occupent de l'étude de la jurisprudence alors que les auteurs et professeurs de philosophie du droit et de théorie du droit semblent, à quelques exceptions près, peu intéressés. Parmi les exceptions, il faut rappeler Giovanni Tarello *"L'interpretazione delle legge", Giuffré 1980 ; Atteggiamenti culturali sulla ??? del giurista interprete, in Diritto Enunciati, USI, Il Mulino, 1974 ; Il realismo giuridico americano, Giuffré 1962 ; et son élève Ricardo Guastini* (cf. bibliographie). De nombreux juristes, professeurs de droit civil et commercial ayant pour objectif l'étude de la fonction créatrice de droit dans la jurisprudence et voulant fournir aux juristes et aux praticiens les éléments pour une évaluation correcte des précédents judiciaires se sont réunis sous la codirection de la Revue, née en 1985 sur une initiative de Francesco Falgano, *"Contratto e Impresa", ed. Cedam,* qui a comme sous-titre *"Dialoghi con la giurisprudenza"*. Le fait n'est pas fortuit car justement dans le domaine du droit civil et commercial, caractérisé par la rareté de l'intervention législative innovatrice et par la présence dans le Code civil de nombreuses *"clausole generali"*, (c'est-à-dire des règles qui contiennent des préceptes très génériques). La jurisprudence remplit un rôle d'adaptation de la loi aux changements de la réalité, en élaborant des règles et des principes qui servent pour l'intégration non seulement pour l'interprétation de la loi. La "science de la jurisprudence" est donc un domaine exploré en Italie et ceci surtout par les professeurs de "codice civile" qui, comme on le sait, constitue la principale source du droit commercial.

Tout d'abord, nous sommes conscients de certaines vérités concernant le droit appliqué. La première est que la jurisprudence est une source de production du

droit (tout à fait différente de la loi mais qui la définie source du droit), la deuxième qu'il existe des instruments de base essentiels pour l'étude de la jurisprudence et la troisième c'est que pour tous ceux qui désirent embrasser la profession d'avocat ou enseigner le droit, il y a un devoir professionnel de connaître la jurisprudence.

Sous le premier profil (fonction de création du droit), il suffit de penser à ces concepts très généraux qui figurent dans le Code tels que celui de dommage injuste dans la responsabilité civile, cas fortuit, ??? causalité juridique des suites directes et immédiates de la bonne foi contractuelle, de la faute, du motif légitime des licenciements, activité dangereuse et d'autres pour savoir qu'ils doivent être remplis du contenu inséré par les juges. La fonction des juges ici n'est pas l'interprétation mais l'intégration. Au-delà de ceci, les grandes orientations jurisprudentielles là où elles sont en train de se consolider, acquièrent la même dignité et la même importance, peut-être une force plus grande que les sources législatives, surtout dans l'attribution des sens nouveaux à des lois nées déjà vieilles.

En effet seule l'étude de ces orientations permet de saisir le sens de la continuité avec la tradition ainsi que les instances nouvelles et de rationaliser tout le système du droit privé à la lumière de tous ses éléments.

Sous le deuxième profil -instruments conceptuels de méthodologie de l'étude de la jurisprudence- nous sommes conscients que nous-mêmes, juristes de civil law (même si le discours se situe de façon différente par rapport au système de Common law), sommes habitués à raisonner sur les précédents judiciaires ; surtout sur ceux de la Haute Cour de Cassation et nous partons de l'interprétation des précédents pour la solution des nouveaux cas. En particulier dans notre système, ce qui justifie l'existence d'un juge suprême placé au sommet de l'ordre judiciaire ; c'est la tâche qui revient à celui-ci de garantir une interprétation uniforme du droit dans un même contexte de temps. C'est donc la Cour de Cassation qui, en cas de contrastes jurisprudentiels, doit suggérer pour l'avenir la solution la plus adéquate et correspondant le mieux aux objectifs de la loi pour garantir, d'une par, l'égalité de traitement entre les citoyens qui recourent à la justice et d'autre part la prévisibilité des décisions. D'où l'importance des précédents de cassation (art. 69 Ord. jud.).

Il est donc vrai qu'en Italie aussi, le précédent, s'il est muni d'un certain degré de persuasion et de rationalité influe sur la jurisprudence successive et peut donner vie à une orientation jurisprudentielle consolidée. Toutefois le problème de la méthode et des techniques d'étude des précédents se pose, en Italie, d'une façon particulière, car notre précédent est exprimé en une "massima", une petite formule qui est placée en épigraphe à la deuxième décision judiciaire et qui contient en termes généraux et abstraits la décision.

M. Gorla écrivait, il y a déjà vingt ans, que notre précédent est formulé comme une loi et qu'il est tout à fait étranger au cas concret auquel il se réfère.

Aujourd'hui, la "massima" est diffusée à travers les terminaux électroniques et on assiste, de plus, à une grande diffusion des codes annotés avec la jurisprudence qui est reportée par "massima" ou par synthèse d'information formulée par les rédacteurs.

D'où une série de méprises sur les orientations réelles des juges car les "massime" ne sont pas toujours formulées correctement et de façon adéquate aux arrêts d'où elles sont tirées. Par conséquent le discours méthodologique, en Italie, porte d'abord sur l'identification de la "massima" qui contient le dictum, c'est-à-dire la décision, et non l'obiter dictum, c'est-à-dire l'énoncé incident n'influençant nullement la décision. Dans ce but, les instruments conceptuels qui servent, on les inclut sous le nom de *ratio decidendi officielle, substantielle* et *implicite*. Dans le milieu lié à la Revue "Contratto e Impresa", on a établi le terme "droit en pilules" pour mentionner ce phénomène typiquement italien de la circulation de la "massima"

étrangère au texte de la décision et surtout à la synthétisation ultérieure de la "massima" faite dans les codes commentés par la jurisprudence et la doctrine. Il faut donc d'ailleurs, d'un point de vue réaliste, admettre que ce phénomène, le droit en pilules, est un mal nécessaire car il est indiscutable que les praticiens du droit n'ont pas le temps de consulter l'énorme masse des arrêts et de se tirer d'affaire dans la grande quantité de textes doctrinaux (essais, commentaires, monographies) qui, en Italie, sont publiés avec une fréquence sans égale en aucun autre pays. De là naît le "business" des codes commentés et des commentaires brefs. D'où, le recours de plus en plus fréquent à l'instrument informatique de la part des praticiens de professions juridiques. Toutefois, la conscience qu'il s'agit d'un mal nécessaire, ne doit pas amener à fermer les yeux devant les dangers d'une reconstruction partielle, et souvent peu fidèle, de la jurisprudence et de la doctrine. Par conséquent, il faut faire agir les antidotes pour les instruments informatiques, dont nous bénéficions, pour la rapidité de l'information qu'ils nous offrent, soient considérés comme des instruments de première approche et qu'ils puissent être rapidement remplacés par des analyses plus approfondies. Il se peut que l'antidote provienne de l'informatique même qui est en train de progresser à grands pas. On me dit que, bientôt, on pourra consulter directement le texte intégral de l'arrêt à travers l'ordinateur.

Les philosophes du droit annoncent la mort des Massimari dans l'ère informatique future. J'y crois peu, il reste le problème temps dont je parlais avant. Et c'est un fait que les aspirants aux professions juridiques se préparent à soutenir les concours professionnels sur les manuels et sur les codes commentés, sur la grande quantité de notions qu'on leur demande de connaître.

Par conséquent, il faut chercher les antidotes, à l'état actuel des études juridiques, surtout dans une combinaison entre la technique d'extraire la "massima" des arrêts et la méthode de lecture de la jurisprudence qui permet de reconstruire les orientations réelles des juges et surtout les grandes orientations qui conjuguent la force de la tradition avec la force des choses et des faits nouveaux dans le cadre d'une interprétation évolutive.

En ce qui concerne la troisième vérité dont je parlais au début -le devoir professionnel de connaître la jurisprudence- ceci vaut soit pour les professeurs de droit, soit pour les praticiens, notamment pour les avocats.

Notre tâche en tant que professeurs est d'employer une didactique qui tienne compte des cas jurisprudentiels et qui, de ceux-ci, remonte à la description des instituts c'est-à-dire du régime législatif. Il faut expliquer aux étudiants que le droit est composé d'éléments fixes, la loi, et d'éléments mobile, la jurisprudence ; il faut souligner l'importance de cette source de production de règles juridiques.

Quant aux avocats, au moment où ils doivent donner leur avis au client sur le bien-fondé de ses prétentions, ils doivent se mettre en mesure de prévoir quelle pourrait être la décision, si l'on suit la voie des recours en justice.

Quand l'avocat se limite à consulter les codes accompagnés des "massime" des arrêts, il pourrait donner des informations inexactes et avant d'affirmer : "il y a de la jurisprudence sur le point qui dit ...", il devrait faire une analyse critique. Autrement dit, il devrait se méfier des "massima" déraisonnables, obscures, ambiguës ou de celles qui se limitent à paraphraser, à un précédent obscur, un sens de complaisance, c'est-à-dire favorable à la thèse qu'il veut soutenir en jugement. Mais le discours devient ici très délicat et encore plus compliqué. Ce que je voulait faire savoir à l'occasion de cet important congrès, c'est que la discussion en Italie, au sujet de ces thèmes, est très vivace et cela est témoigné par la bibliographie que je joins à mon intervention.

Je vous remercie de votre attention.

BIBLIOGRAPHIE

Gino GORLA,
- Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza mezzi di informazione, in Quaderni del foro it., 1968, cvol. 291 e segg.
- Lo studiointerno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti : la raccolte e la tecniche per la interpretazione delle sentenze, in Foro it., 1964, parte, Va coll. 74 e segg.
- Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale, in Foro it., 1966 Quaderni, Col. 6 e segg.
- Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa, *ivi* 1967, Quaderni, col. 313 e segg.
- Note sulla interpretazione integrativa (in diritto e in fatto) della *ratio decidendi* e sul precedente giudiziale implicito, in Giur. it., 1966, I, II, col. 567 e sezgg.

Maurizio LUPOI,
Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale, in Foro it., 1967, Quaderni, col. 201 e segg.

Giovanni TARELLO,
Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete, in Diritto, Enunciati, Usi ; Il Mulino, 1974, p. 475 e segg.

Ricardo GUATINI,
Problemi di analisi logica della motivazione, in Contratto e Impresa, 1986.

Francesco GALGANO,
L'interpretazione del precedente giudiziale, *ivi*, 1985.

Giovanna VINSINTINI (a cura di),
La giurisprudenza per massime e il valore del precedente, Cedam, 1988.

Giovanni GRIPPO,
Travisamento e persuasività delle'obiter dictum in due casi emblematici, in Contratto e Impresa, 1987.

Giovanni CASELLI,
Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono, ivi, 1987.

Francesco De FRANCHIS,
L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici), ivi, 1986.

Giorgo De NOVA,
Sul'interpretazione del precedente giudiziario, ivi, 1986.

Angelo BONSIGNORI,
Il precedente giudiziario in materia processuale, ivi, 1987.

Pier Giuseppe MONATERI,
L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia, ivi, 1988.

Erick JAYME,
Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici : l'esperienza maericana e tedesca, ivi, 1988.

Luca NANNI,
Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità, ivi, 1987.

Francesco GALGANO,
Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza, ivi, 1988.

Angele BONSIGNORI,
L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente, ivi, 1988.

Giorgio De NOVA,
L'astrattezza delle massime e le origini delle'Ufficio del Massimario, ivi, 1988.

Giuseppe SBISÀ,
Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law), ivi, 1988.

Bruno INZITARI,
Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario, ivi, 1988.

Massimo GENGHINI, Il punto di vista del magistrato di Cassazione, ivi, 1988.

Jurgen BASSEDOW,
Fattori e strumenti processuali dell'evoluzione guidiziaria del diritto, ivi, 1988.

Marino BIN,
Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente guidiziario, ivi, 1988.

Gino GORLA, APpunti per una ricerca storico-comparativa in tema di autorità delle decisioni guidiziali, ivi, 1989.

Francesca MORETTI,
La dottrina del precedente guidiziario nel sistema inglese, ivi, 1990.

Gabriele MONETA,
Contrasti nella guirisprudenza della Cassazione civile e certezza del diritto, ivi, 1990.

La guistizia civile per grandi numeri, a cura di Augusto Baldassari, ivi, 1985.

RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA TRANSFORMATION DU SYSTÈME JURIDIQUE POLONAIS CONTEMPORAIN

Par

Tomasz GIZBERT-STUDNICKI
Université de Cracovie (Pologne)
et
Zygmunt ZIEMBINSKI
Université de Poznan (Pologne)

Nous voulons présenter les thèses générales concernant le rôle de la jurisprudence dans la transformation d'un système précédant du droit de l'État polonais, système créé au temps ainsi nommé du "socialisme réel", en système juridique de la République Polonaise indépendante. Ce processus de transformation est en cours de réalisation et durera plusieurs années.

Il faut typologiquement distinguer "la jurisprudence au sens brut" -c'est-à-dire le recueil des jugements et des arrêts des organes (surtout judiciaires) de l'État, rajusté selon leur hiérarchie-, et "la jurisprudence au sens synthétique (systématique)" -c'est-à-dire la réflexion des juristes praticiens rajustant les problèmes dogmatiques d'un système juridique donné-. Cette dernière peut aussi être nommée "la doctrine juridique en version pratique" (surtout judiciaire) -en opposition à la "doctrine juridique en version universitaire"- bien qu'il soit difficile de séparer ces deux versions. Elles sont liées de différentes manières (p. ex. les gloses des praticiens et des universitaires) et dans quelques pays, p. ex. en Pologne, ces deux versions peuvent s'identifier en grande partie (1).

Il faut rappeler aussi que c'est pour la deuxième fois dans une période de demi-siècle que le système juridique polonais est changé d'une façon radicale, malgré les déclarations plus (1944) ou moins (1989) fictives de la continuité de ce système.

En 1944 le régime communiste déclarait la continuation de l'État polonais basé sur les "principes démocratiques de la Constitution polonaise du 21 mars 1921" et les actes législatifs de la Pologne indépendante (1918-1939) en général restaient en vigueur. C'est la jurisprudence soumise à la dictée du parti communiste qui peu à

(1) Cf. p. ex. J.-L. Bergel, Théorie générale du Droit, Paris, 1989, p. 64.

peu causait les changements essentiels du système juridique d'avant guerre et en même temps on changeait d'une façon systématique les actes législatifs dits "capitalistes". Malgré tout cela le système juridique de la "Pologne Populaire" gardait plusieurs institutions classiques et c'est surtout dans le domaine du droit public (p. ex. droit administratif, droit pénal) où dominait les idées du "marxisme-léninisme". Le processus de contrainte idéologique aux temps du stalinisme et post-stalinisme en Pologne était avancé, mais pas si fortement que dans les autres pays de l'Europe centrale. Par exemple, les exploitations agricoles jusqu'à 50 ha restaient la propriété individuelle -c'était environ 75 % du sol cultivable-.

L'amendement de la constitution de 1952 voté le 29 décembre 1989, éliminant le rôle du parti communiste en tant que "force directrice" et les principe idéologiques du marxisme-léninisme, a commencé une série de travaux législatifs visant à la reconstruction de l'économie libre et des institution démocratiques du droit public. Malgré les efforts en ce domaine (environ une centaine de lois votées l'année passée) ce processus durera longtemps et c'est la jurisprudence qui doit éliminer les collisions des principes d'ancien et d'actuel systèmes des valeurs.

Les lois les plus importantes de la période de la "Pologne Populaire", telles que, par exemple, le code civil, code pénal, code du travail, code des procédures civile et criminelle, restent pour le moment en vigueur après les modifications nécessaires, surtout après l'abrogation des dispositions liées d'une façon évidente avec l'idéologie et l'économie communiste (p. ex. on a abrogé les privilèges de la propriété collective et des unités de l'économie socialisée, la plupart ainsi dits délits politiques, etc.). D'autres part on a créé de nouveau les institutions juridiques nécessaires concernant par exemple, la bourse, les valeurs industrielles et mobilières, les lois antimonopolistiques, etc. Mais pour une grande partie les lois précédemment promulguées sont interprétées et appliquées d'une façon différente.

Le système juridique d'un pays donné est défini non seulement par les facteurs tels que par exemple, le fait d'établissement de certains actes législatifs ou au moins de l'acceptation de certaines normes par les organes compétents de l'État en forme convenable. Pour trancher le problème de l'appartenance d'une norme à un système juridique donné, il faut se référer à des règles de validation déterminant des faits sociaux qui doivent être considérés en tant que "source de droit" de ce système, faits créant le droit, tel que, par exemple, la promulgation des lois en bonne et due forme, la formation des précédents, des mœurs, etc., mais il faut aussi se référer à des règles d'exégèse admises en ce système ('règles d'interprétation, règles d'inférence, règles concernant l'élimination des collision), c'est-à-dire des règles qui déterminent quelles normes doivent être estimées comme étant en vigueur dans ce système à cause de l'acceptation de certains faits (actes) en tant que "source de droit" (2).

Les règles de validation de système juridique polonais sont plus ou moins claires en ce qui concerne les formes de législation, mais parfois on présente les doutes sérieux concernant la conformité des anciennes lois aux principes de l'art. 1 de la Constitution, après l'amendement du 29 décembre 1989 ("La République Polonaise est un démocratique État de droit réalisant les principes de la justice sociale"). Évidemment, "la justice sociale" c'est une formule usée aussi bien par les terroristes gauchistes et par les Papes, que par les communistes et par les démocrates de divers genres, et c'est la jurisprudence qui concrétise le contenu de cette formule.

Les règles d'exégèse, surtout les règles d'interprétation acceptées par la jurisprudence polonaise n'avaient pas et n'ont pas de paradigme formalisé. On essayait de soumettre les règles d'interprétation du droit civil aux principes politiques

(2) Cf. Z. Ziembinski, Theory of Sources of Law and Legal Policy, / Theoritische Grundlagen der Rechtspolitik, / Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 54, 1992, p. 111-116.

(p. ex. l'art. 4 du Code civil polonais, abrogé en 1990), mais en général dans la pratique de la jurisprudence polonaise, on réalisait les règles classiques de l'interprétation juridique.

Il n'y avait pas de même un cohérente doctrine judiciaire de l'interprétation, mais la jurisprudence polonaise est plus ou moins influencée par la doctrine universitaire de l'interprétation. On peut mentionner surtout la théorie d'interprétation formulée par le regretté J. Wroblewski (3), qui a reconstruit et mis en ordre les règles traditionnelles d'interprétation, et une théorie plus large de M. Zielinski (4), analysant le processus de l'interprétation en tant que processus de décodage des textes juridiques. Les textes des lois sont composés de dispositions qui d'habitude n'ont pas directement une forme de norme de comportement, mais qui doivent être interprétées en tant que les expressions équivalentes à des normes de droit. Ce codage des normes dans les textes peut être fait d'une façon claire et apparente ; cela facilite la reconstruction (le décodage) -selon les simples règles d'interprétation linguistique et les règles d'inférence basées sur les indiscutables liens logiques et instrumentaux- d'un certain ensemble de normes de comportement, donnant les solutions pour des cas clairs, par voie de simples subsumption. Mais même les règles linguistiques d'interprétation ne donnent pas de solutions algorithmiques. Ces règles concernant le langage juridique en tant que langage professionnel particulier dont les règles sémantiques, syntactiques et pragmatiques se sont formées spontanément et sont influencées d'une façon imperceptible et pratiquement insaisissable par les éléments du contexte et de la situation sociale. C'est donc la jurisprudence qui formule les solutions des problèmes particuliers de ce genre.

Mais en ce qui concerne la transformation d'un système juridique polonais contemporain ce sont surtout les problèmes d'application des règles fonctionnelles (téléologiques) d'interprétation, selon lesquelles, en cas d'obscurité ou de polysémie d'un texte légal, il faut choisir l'acception de ce texte en tant que l'"expression d'une norme de droit ayant le plus fort fondement axiologique dans les valeurs officiellement adoptées. C'est le point essentiel de rôle de la jurisprudence dans les transformations des systèmes juridiques dans des périodes transitoires.

On peut accepter les mêmes méta-règles (règles de second degré) fixant la priorité des règles linguistiques par rapport aux règles fonctionnelles d'interprétation, ce qui est un principe de "l'État de droit", en opposition aux principes des systèmes totalitaires, systèmes des États ayant des prérogatives illimitées, mais les solutions des problèmes dogmatiques peuvent être tout à fait opposées si on accepte différents prémisses axiologiques pour appliquer les règles fonctionnelles (5).

Les analyses des règles d'interprétation présentées par les théoriciens polonais au temps passé avaient pour la plupart le caractère descriptif ou reconstructif sans formuler les recommandations idéologiques; La plupart des théoriciens ne voulaient pas s'engager aux déclarations axiologiques communistes.

On acceptait l'idée générale de rationalité du "législateur" conçu par les dogmaticiens d'une façon idéalisée, en lui attribuant une rationalité sémiotique (c'est le fondement d'acceptation des règles linguistiques d'interprétation), une rationalité

(3) Voir : J. Wroblewski, Zagadnienia teorii wycladni prawa ludowego, Warszawa 1959, passim, le même : Sadowe stosowzanie prawa, Warszawa 1988, éd. 1, p. 112-168.
(4) Voir : M. Zielinski, Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego, Poznan 1972, p. 26-45, le même : Decoding Legal Text / Politisch contributions to the theory and philosophy of Law, / Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities, vol. 12, Amsterdam 1987, p. 165-177. Cf. K. Pleszka and T. Gizbert-Studnicki, Dwa ujecia wykladni prawa. Proba kofrontacji, Seszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellonskiego DCLXXVII, Prace z nauk politycznych, vol. 20, 1984, p. 17-27.
(5) Voir p. ex., Z. Ziembinski, Le rôle des évaluations dans le processus de l'interprétation du droit, Archivum Iuridicum Cracoviense, vol. XXII, 1989, p. 175-187.

praxéologique (c'est le fondement des règles d'inférence basées sur une connaissance des effets des actes humains et des règles d'éliminer les collisions des normes) et une rationalité axiologique supposant un système des évaluations suffisamment stables, cohérentes et bien ordonnées, les préférences asymétriques et transitives du "législateur" (le fondement des règles fonctionnelles d'interprétation) (6). Mais la théorie du "législateur rationnel" a un caractère formel, sans contenu concret. On peut prendre en considération la rationalité axiologique d'un système juridique d'un État démocratique, -communiste et même nazi- en se référant aux différents systèmes des valeurs, plus ou moins sympathiques pour un homme honnête. Les préambules des lois les plus importantes fixent seulement à grands traits les évaluations officiellement acceptées, donc les préférences concrètes sont établies par la jurisprudence.

La situation actuelle dans le cadre du système juridique polonais est très spécifique. Les amendements des actes législatifs les plus importants ont éliminé les déclarations des valeurs ainsi dénommé "socialisme réel", mais les déclarations positives sont pour le moment assez vagues. On peut observer une ligne générale de législation accentuant le rôle des valeurs telles que la liberté d'initiative économique, le respect réel des droits des citoyens, la sécurité d'application des lois, etc., mais ces valeurs sont parfois difficiles à être réalisée simultanément au temps des changements essentiels des prémisses axiologiques du système social et politique (7).

On peut observer un courant général de chercher les solutions des problèmes dogmatiques respectant les valeurs actuellement acceptées, mais en même temps le postulat de la sécurité d'application des lois exige de ne pas dépasser les bornes de l'acceptation claire des acte législatifs. Même en cas d'inconvenance essentielle de la dispositions légale au point de vue des buts attribués actuellement au "législateur" il est inadmissible de "corriger" le texte clair, même si on peut formuler une suggestion de *lege ferenda* (décision de la Cour Suprême du 28 février 1991, III PZP 24/90, OSN 7/91).

En particulier il est difficile de réaliser à la fois les exigences de la "justice sociale" et de "l'État de droit". Plusieurs titres d'indemnisation pour les préjudices causés par l'État communiste (pour des persécution, pour le travail forcé, les expropriations sans titre juridique, pour les condamnations injustices même du point de vue du droit de l'époque passée), aussi bien que certaines obligations contractées par cet État ou par les unités de l'économie socialisée, sont aujourd'hui impossibles à être réalisées effectivement à cause de la situation financière de la République Polonaise. D'autre part le principe de respect des droits subjectifs préalablement acquis provoque plusieurs contestations à cause des privilèges injustes acquis pas exemple par les agents de sécurité au temps du stalinisme, aussi bien que les contestations en ce qui concerne les dispositions qui créent la prescription des poursuites pénales des crimes politiques de cette période, les assassinats et les tortures des prisonniers, etc..

Voici donc une ébauche d'un tableau très particulier d'un système juridique en phase de transformation post-socialiste, de transformation par les amendements successifs des lois, mais en même temps par les changements de la pratique judiciaire et administrative et de la doctrine. Dans note pays le Code des obligations de 1933 était en vigueur jusqu'en 1964, quoiqu'il fût interprété d'une manière parfois contraire aux solutions de la jurisprudence d'avant-guerre -et le Code socialiste de 1964 est appliqué après quelques amendements dans un État post-socialiste-.

(6) Voir L. Nowak, Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa, Warszawa 1973, p. 27-34 ; Z. Ziembinski, La notion de rationalité du législateur, Archives de Philosophie du Droit, T. 23, 1978, p. 175-189.
(7) Voir Z. Ziembinski, "Lex" a "ius" w okresie przemian, Panstwo i Prawo 6/1991, p. 19-27.

Il est évident qu'on ne peut pas revenir tout simplement aux anciennes institutions légales de la période d'avant 1939, de même que les États du Maghreb ne peuvent pas revenir tout simplement aux anciennes lois islamiques.

Il faut présenter quelques exemples de problèmes particuliers discutés actuellement dans la jurisprudence polonaise.

Avant les changements de 1989 la jurisprudence polonaise acceptait une thèse, ayant une importance pratique essentielle, éliminant ou tout au moins réduisant une application immédiate des dispositions de la constitution concernant les droits des citoyens. On exigeait une concrétisation des principes constitutionnels dans les dispositions des lois particulières. Ainsi les déclarations formulées dans la Constitution restaient pour la plupart sur le papier seulement et étaient irréalisables. Selon la décision de la Cour Suprême du 28 novembre 1990 (III ARN 28/90, Panstwo i Prawo 9/1991) il est admissible d'appliquer d'une façon immédiate des dispositions de la loi constitutionnelle en particulier dans les cas où cette application immédiate est nécessaire pour assurer une plus large et effective protection des droits civiques.

Le principe d'égalité devant la loi doit constituer le critère réduisant les possibilités de la "libre appréciation" des organes administratifs (la décision de la Cour Suprême du 18 avril 1990, II AZP 4/90, OSN 12/90). La Cour Suprême a décidé qu'il faut admettre une interprétation extensive des dispositions de la loi du 29 mai 1974, qui littéralement limitaient une aide sociale pour des anciens soldats invalides à ceux seulement qui étaient soldats de la "Pologne Populaire", et excluaient certaines catégories des invalides d'avant-guerre -en accentuant que cette restriction est contraire au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi et a été introduite par le régime socialiste seulement pour des raisons politiques (décision de la Cour Suprême du 5 juin 1991, III UZP 4/91, OSN 11/91).

Selon l'art. 1 du Code pénal polonais de 1969, l'infraction est définie en tant qu'acte interdit, passible d'une peine et périlleux pour l'ordre social. Les critères de ce qui cause "le danger pour l'ordre social "sérieux" ou "insignifiant" donnait le fondement pour la condamnation ou pour l'acquittement d'un coupable. La jurisprudence actuelle prend en considération surtout les opinions des membres de la société concernant le danger social d'un acte en question -et pas de raisons politiques.

Dans un État de droit les lois n'ont pas d'effet rétroactif en ce qui concerne les sanctions pénales. Le principe "lex retro non agit" était parfois violé par le régime ainsi dit "socialisme réel". Par exemple, le décret-loi du 13 décembre 1981 (établi à vrai dire contre les dispositions de la constitution) créant en Pologne l'état d'urgence (loi martiale) a été promulgué officiellement quels jours plus tard, mais les tribunaux militaires condamnaient les personnes pour des actes précédemment licites, commis avant la promulgation officielle du texte de décret-loi. Actuellement la jurisprudence polonaise rejette la possibilité de condamnation fondée sur les dispositions d'un acte législatif non promulgué officiellement au moment dans lequel un acte en question a été commis. Il faut mentionner plusieurs interventions de l'Ombudsman et arrêts du Tribunal Constitutionnel concernant les problèmes de rétroactivité des lois.

Il faut cependant mentionner les cas particuliers dans lesquels la jurisprudence et les législateurs doivent trouver une solution raisonnable aux conflits et aux discordances entre les principes les plus respectables de l'"État de droit". Par exemple, en 1981 le gouvernement a proposé les paiements préalables pour des autos produits par les entreprises d'État. Les conditions de cette souscription étaient peu favorables pour les acheteurs en raison de la forte inflation des prix. Le Tribunal Constitutionnel a décidé que la loi exceptionnelle du 20 juillet 1990, qui a décidé une indemnisation seulement partielle des acheteurs malheureux, doit être acceptée

en vertu de la "justice sociale", qui ne permet pas de charger les budgets de l'État par des dépenses plus grandes en situation de crise budgétaire, ce qui rend impossible la réalisation des dépenses sociales plus importantes (la décision du Tribunal Constitutionnel du 4 décembre 1990, K 12/90, OTK 7/1990). Évidemment cette décision créant un compromis entre la réalisation des nobles principes de "l'État de droit", et de "la justice sociale" a causé des polémiques.

Le rôle de la jurisprudence polonaise en tant que facteur de transformation d'un système juridique post-socialiste en un système démocratique au niveau de l'application et de l'analyse de légalité de processus législatif est donc particulièrement compliqué. Nous avons esquissé seulement les problèmes les plus généraux. Mais l'exemple de cette transformation pacifique et évolutive d'un système de droit peut être utile pour les juristes des autres pays. Évidemment les études plus détaillées, aussi bien dogmatiques que socio-politiques, sont nécessaires pour en tirer les conséquences plus précises.

CURRENT METHODOLOGICAL TENDENCIES IN GERMAN COURT DECISION-MAKING

Par

Dirk BISCHOFF
Stagiaire à la Oberlan desgericht Hamm (Allemagne)

I - PREVAILING PRACTICE

In Germany neither the legislator nor jurisduction prescribes the judge methodical rules how to interprete statutes or other norms. The Federal Constitutional Court has merely mentioned the external limits of the judges authority of interpretation and laid down that courts have "to take into account fundamental constitutional standards and values in the process of interpreting" subconstitutional laws espacially general clauses".

The methodical practice of jurisdiction is based on a historically contingent process of legal development. I take legal development as a mutuel effecting of decision making, legal dogmatics and legal theory in temporal sequence.

Legal development is no homegeneous process in reference to the whole legal system. For reasons of differentiation each type of law (that means all types of Civil, Penal or Public Law) is subject to an evolution of its own. The dogmatical and theoretical context of a norme influences the way of interpretation.

General rules for interpretation do not exist.

1 - EVALUATIVE JURISPRUDENCE

The Civil Law Courts decision making is dominated by the so-called Wertungsjurisprudenz which I will further on refer to as "Evaluative Jurisprudence" which stems from the conceptually-orientated jurisprudence and the interest-orientated jurisprudence.

Evaluative Jurisprudence primarily sticks to the literal meaning of the statutes ; additionally it requires the reflection of the conflicting purposes of the litigants as well as the purposes behind the statutes. This purposes are to be deduced from intentions of the parliamentary legislator and from the social functions of the particular statute. The Evaluative Jurisprudence (contrary to theories of natural law)

does not postulate distinct values. It refers to evaluative activities to the evaluation of the judge.

a - Interpretation consists of the determination of the *aim* of interpretation and the application of the method. Both elements have to be regarded separately. The concept of the aim of interpretation is discussed controversely. The main conflicting positions are the Subjective and the Objective Theory. While it is the purpose of the Subjective Theory to detect/to determine the legislator's intention behind the statutory norm (for this reason it is also called Theory of Intention), the aim of the Objective Theory is to determine an objective meaning by repressing the subjective elements.

Historical intentions are only to be taken into account in cases of doubt.

b - The method of interpretation is the sytematical process of achieving the aim of interpretation.

The prevailing method within German jurisdiction orients itself by the famous canon of interpretation with has its origin in the theoretical conception of C.F.v. Savigny :

1) Semiotic Interpretation,
2) Systemic Interpretation,
3) Genetic and Historical Interpretation and
4) Teleological Interpretation.

2 - DIFFERENCES IN CONSTITUTIONAL LAW

German Constitutional Law is mainly codified in the German constitution (Grundgesetz). This means that interpretation of Constitutional Law is interpretation of a statute.

The Evaluative Jurisprudence, which follows the above mentioned classical method is not suitable to convey a satisfactory interpretation of constitutional norms. This is due to the following two facts :

1 - Constitutional norms are mainly expressed in general clauses (Article 1 Section 1 Constitution : "Die Würde des Menschen ist unantastbar". - Human dignity is untouchable).

This makes an interpretation restricted to the wording ineffective.

Unlike in Civil Law the Semiotic interpretation of constitutional norms is merely suitable to determine the external margins of a legal concept, but not its core.

2 - The second reason is the relatively short time of historical existence of Constitutional Law.

The difficulties result of the thesis mentioned at the very beginning : Consistency and effectivity of juridicial methodics depend on the development of a certain field of law. This field of law is itself influenced by legal dogmatics, legal theory and practice of decision making.

From the time of creation of Constitutional Law jurisprudence has not yet succeeded in creating such theoretically founded legal dogmatics of commun acceptance, as it did in Civil Law. This leads to a certain vagueness of the criteria of interpretation. That's why so many extra-legal standards and evaluations influence the decisions about constitutional questions.

In the context Constitutional Law is sometimes said to be susceptible to ideological attitudes.

To oppose these tendencies jurisdiction and jurisprudence developed some principles of how to interprete Constitutional Law. A very important principle, which is under constant political disussion, is the so-called juridical self-restraint. It means the limit to juridical interpretation in regard to the separation of powers if the interpretation leads a conclusion which only the legislator is competent/entitled upon. The judge is not entitled to put himself in the place of the law-making parliament.

It is evident that this principle is subject to serious political controversies, as it was the case in the decision of the Federal Constitutional Court on the subject of abortion in 1975 (Court Decision Vol 39, pp. 1 ff.) and as it is to be expected on its recent liberalisation. The same is to be said of the statutory demand of preferential recruiting of women into the public service or the decriminalisation of drug abuse.

II - APROXIMATION OF LAWS

A further modification of methodical practice, which is to be expected and had partly already begun, stems from the current tendencies of national and supranational approximation of laws.

1 - GERMAN-GERMAN APPROXIMATION

Various statutory prescriptions of the former GDR have been taken over into the Federal Legal System on grounds of the process of the German Reunification and have this "survived" the state which promoted them into validity.

How are these rules to be interpreted ?

This question is still unsolved in both jurisdiction and jurisprudence. An interpretation in conformity with former GDR-laws cannot serously be taken into account. The interpretation of "socialistic statutory norms" had to follow principles of the Eastern German Communist Party and alone by their understanding of "Marxist-Leninistic-Principles". This would not only contradict to the binding force of constitutional values for the judge, as it is construed by the Federal Constitutional Court, but it would also be incompatible with the judicial freedom of choice for methods of interpretation.

On the other hand this norms cannot be treated as if they had been proper norms of the Federal Republic forever, for it cannot be refused that wording, creation, history and the original aim of these rules are not founded on Federal German Law. On the opposite, they are based on principles of a system regarded as unjust.

A possible approach to solve this dilemma might be in a modified or even in a peculiar mode of interpretation, a method sui generis.

This may mean that in the light of the classical canon of interpretation the relation of these norms to former GDR-laws is taken into account, but only as far as it doesn't contradict the Federal Constitution.

2 - SUPRANATIONAL APPROXIMATION

New requirements towards the statutory interpretation arise from the approximation of laws of Member States of the European Community (EEC).

Particular questions according interpretation rise from the Directives enacted by the European Commission. These Directives are not valid on principle ; they oblige the national legislator to enact according norms. Futhermore the current jurisdiction of the European Court of Justice obliges national courts to interprete national norms in the light of the wording and the purpose of the Directives.

The asked-for interpretation leads to a remarkable modification of the existing practices of decision making : It is out of doubt that the national legislator has entitled EEC-Institutions to enact legal norms. It may on the other hand be doubted whether these Institutions have also been entitled to enact rules of interpretation of national norms.

These questions and questions alike are subject of current methodological controversies.

LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA PROMOTION DES DROITS DE LA DÉFENSE DANS LA MATIÈRE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS : L'EXEMPLE DE L'ARTICLE 27-2° DE LA CONVENTION DE BRUXELLES

Par

Marc EKELMANS
Assistant à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles (Belgique)

I - INTRODUCTION

1 - La matière des conflits de juridictions constitue un terrain d'élection privilégié pour le principe du respect des droits de la défense. En effet, le défendeur est généralement confronté à un système juridictionnel qu'il ne connaît pas, à un droit étranger et à une langue qu'il ne maîtrise pas.

C'est précisément dans la matière de l'exequatur que ce principe connaît en droit belge sa seule consécration expresse (1) : selon l'article 570 du Code judiciaire "le juge requis doit vérifier si les droits de la défense ont été respectés" (2). D'une manière plus limitée, l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles sur la compétence et l'exécution des décisions judiciaires (3) prévoit, "dans le seul but de protéger les

(1) W. Ganshof van der Meersch, Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit, *J.T.* 1970, pp. 557 et s., sp. p. 582, note (455).
(2) Sur cette disposition, voy. R. Vander Elst, le Code judiciaire et les conflits de juridictions, *J.T.*, 1970, p. 305 ; M. Weser et P. Jenard, Conflits de juridictions, t. II du *Droit international privé belge* de R. Vander Elst et M. Weser, p. 453. Cette disposition autorise toujours la révision, voy. Civ. Bruxelles 3 avril 1990, *J.L.M.B.* 1992, p. 450.
(3) Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, successivement modifiée par la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume Uni de Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord, signée le 9 octobre 1978, *JOCE*, L 304 du 30 octobre 1978, par la Convention relative à l'adhésion de la République hellénique, signée le 25 octobre 1982, *JOCE*, L 388 du 31 octobre 1982 et par la Convention relative à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise signée le 26 mai 1989, 1989, L 285 du 30 octobre 1989.

droits de la défense" (4), le refus de reconnaissance et, selon l'article 34, le refus d'exécution de la décision rendue alors que "l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant régulièrement et en temps utile au défendeur pour qu'il puisse se défendre".

La présente contribution examinera, la place du principe du respect des droits de la défense dans la Convention de Bruxelles et dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour de justice entend promouvoir ce principe dans l'interprétation de l'article 27-2°.

II - LA PLACE DU PRINCIPE DU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE DANS LA CONVENTION DE BRUXELLES

2 - Il convient de rappeler que selon la Cour de justice, la Convention s'interprète "en tenant compte à la fois du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le Traité" (5). La jurisprudence de la Cour enseigne que le principe du respect des droits de la défense est un objectif général en ce sens qu'il ne s'applique pas uniquement au stade de la reconnaissance et de l'exécution des jugements. Ainsi, s'agissant des règles de compétences internationales prévues par la Convention, la Cour de justice vient de souligner que la règle de compétence prévue à l'article 2, à savoir la règle "actor sequitur forum rei", s'explique par le fait "qu'elle permet au défendeur de se défendre en principe plus facilement". Or, poursuit la Cour, "l'objectif de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté (...) exige que les règles de compétence qui dérogent à cette règle (de l'article 2) soient interprétées de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que celle de l'État de son domicile il pourrait être attrait" (6).

La Cour en déduit en l'espèce que le for du lieu d'exécution du contrat ne peut s'appliquer à un litige opposant un sous-acquéreur au fabricant d'un produit défectueux.

Dans des arrêts antérieurs la Cour de justice avait déjà souligné, notamment dans le but d'éviter la multiplication des chefs de compétence pour un même type de litiges, que la Convention vise à définir des attributions de compétences certaines et prévisibles (7).

3 - A propos de l'article 18 de la Convention qui prévoit une prorogation tacite de compétence au profit du tribunal devant lequel comparaît le défendeur, la Cour de justice a indiqué que cette prorogation de compétence est applicable non seulement lorsque le défendeur comparaît à la seule fin de contester la compétence (hypothèse expressément visée par l'article 18) mais encore lorsqu'il contexte aussi bien la compétence que le fond. Une interprétation différente, précise la Cour, "serait contraire à la protection des droits de la défense dans la procédure d'origine qui constitue l'un des objectifs de la Convention" dès lors que le défendeur pourrait être forclos à faire valoir ses moyens de fond s'il n'avait pas la possibilité de soulever également ses moyens de fond (8).

---

(4) CJCE, 16 juin 1981, aff. 166/80, Klomps c/ Michel, *Rec.*, 1981 p. 1593, attendu 7.
(5) CJCE, 6 octobre 1976, Tessili c/ Dunlop, aff. 12176, *Rec.*, 1976, p. 1473, attendu 9.
(6) CJCE, 17 juin 1992, GMBH Jakob Handte et cie c/ SA TMCO, aff. C-26/91, encore inédit, attendus 14 et 18.
(7) Voy. notamment CJCE, 15 janvier 1985, Rösler c/ Rottwinkel, aff. 241/83, Rec., 1985, attendu 23.
(8) CJCE 29 juin 1981, Elefanten Schuh c/ Jacqmain, aff. 150180, *Rec.*, 1981, p. 1671, attendu 14 ; motif repris par CJCE 22 octobre 1981, Rohr c/ Ossberger, aff. 27/81, *Rec.*, 1981, p. 2431, attendu 7.

4 - Au stade de la vérification de la compétence et de la recevabilité, l'article 20 de la Convention impose au juge de se déclarer d'office incompétent si le défendeur ne comparaît pas et si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la Convention. La même disposition, combinée avec l'article 15 de la Convention de la Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, impose au juge de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que le défendeur défaillant a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin. La Cour de justice a indiqué à plusieurs reprises que la protection offerte au défendeur par cette disposition s'ajoute au contrôle qui sera effectué par le juge requis sur la base de l'article 27-2° (9).

5 - Enfin, la Cour de justice a souligné que "c'est en raison de garanties accordées au défendeur dans la procédure d'origine que la Convention se montre très libérale quant à la reconnaissance et à l'exécution" (10). Toutefois, a précisé la Cour dans un arrêt ultérieur, "même si le but de la Convention est (. . .) d'assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires, cet objectif ne saurait être atteint (...) en affaiblissant de quelque manière que ce soit les droits de la défense" (11). On a ainsi pu écrire, encore que la Cour n'ait pas elle-même utilisé cette expression, que le principe du respect des droits de la défense est à la base de la Convention (12).

III - L'ARTICLE 27-2° ET LE PRINCIPE DU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE

6 - L'article 27-2° ne prévoit pas, à la différence de l'article 570 du Code judiciaire, un contrôle général du respect des droits de la défense par le juge requis mais se limite au contrôle, en cas de décision par défaut, de la régularité de la signification ou notification de l'acte introductif d'instance devant le juge d'origine et de l'existence d'un délai utile qui aurait permis au défendeur de préparer sa défense. L'article 27-2° ne permet donc pas un contrôle du respect des droits de la défense au stade de la procédure d'origine elle-même, et en particulier ne permet pas de vérifier si le jugement est adéquatement motivé ou si les preuves ont pu être contestées par le défendeur. La question très délicate de savoir si un tel contrôle pourrait être opéré sur la base de la conformité de la décision avec l'ordre public de l'État requis (article 27-1°) paraît devoir être résolue par la négative. La Cour de justice a en effet souligné que l'article 27-1° ne doit être appliqué que dans des cas exceptionnels et pour des hypothèses non rencontrées par les autres causes de refus de l'article 27 (13). Le contrôle de la procédure d'origine au-delà de ce qui est permis par l'article 27-2° est d'ailleurs contraire au principe de confiance mutuelle entre juridictions qui est à la base de la Convention (14).

---

(9) Voy. ci après n° 7.
(10) CJCE, 21 mai 1980, Denilauder c/ Couchet Frères, *Rec.*, 1980, p. 1553, attendu 13.
(11) CJCE, 11 juin 1985, Debaecker c/ Plouvier, aff. 49/84, *Rec.*, 1985, p. 1779, attendu 10.
(12) S. Spadatora, Les principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire et la notion de l'ordre public au sens de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale *Assuntos europeos*, 1984, p. 59, sp. p. 63 ; comp. l'attendu 12 de CJCE, 21 mai 1980, Denilauder c/ Couchet Frères, aff. 125/79, *Rec.*, 1980, p. 1553, attendu 12.
(13) CJCE, 4 février 1988, Hoffmann c/ Krieg, aff 145186, *Rec., 1988*, p. 645, attendu 21.
(14) P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, p. 156, n° 271 (ces auteurs admettent toutefois au n° 257 un contrôle portant sur la nécessité de motifs suffisants) ; voy.

7 - Dans le cadre ainsi défini de l'article 27-2°, la jurisprudence de la Cour de justice veille à assurer le respect effectif des droits de la défense. Ainsi, dans son arrêt Klomps (15), la Cour a d'abord identifié l'objectif de l'article 27-2° qui est d'assurer qu'une décision ne soit pas reconnue ou exécutée selon la Convention si le défendeur n'a pas eu la possibilité de se défendre devant le juge d'origine (attendu 9).

Elle a ensuite dégagé l'interprétation selon laquelle le juge requis doit procéder à la vérification prescrite par l'article 27-2° même lorsque le tribunal de l'État d'origine a décidé, à la suite d'une procédure contradictoire séparée, que la signification ou la notification était régulière (attendu 16).

C'est le système du "double verrou", selon l'expression de Mme Weser et de M. Jenard (16), que la Cour a confirmé dans ses arrêts Pendy Plastic (17) et Lancray (18). Le souci de protéger effectivement les droits de la défense a amené la Cour à préciser dans l'arrêt Klomps que les conditions de l'article 27-2° sont cumulatives : il faut que l'acte introductif d'instance ait été signifié ou notifié régulièrement au défendeur et en outre que cet acte soit parvenu en temps utile au défendeur pour qu'il puisse se défendre. La Cour apporte toutefois un tempérament, tiré du système de la Convention, en ajoutant que, "vu le caractère exceptionnel des motifs de refus" et compte tenu de la protection apportée par les législations nationales et les conventions internationales sur la signification des actes judiciaires, il y a une présomption selon laquelle "le juge requis est ordinairement fondé à estimer que suite à une signification ou notification régulière le défendeur peut commencer à agir en défense de ses intérêts dès le moment où l'acte a été signifié ou notifié, que ce soit à son domicile ou ailleurs" (attendu 19).

Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable : il y a selon la Cour "des circonstances exceptionnelles qui conduisent à la conclusion que la signification ou la notification, bien que régulière n'a toutefois pas suffi pour mettre le défendeur en mesure de commencer son action en défense ni, partant, pour faire courir le délai exigé par l'article 27-2°" (attendu 19). La Cour poursuit en livrant des indications sur les circonstances que le juge pourrait être amené à prendre en considération : il peut s'agir du mode de signification employé, des rapports entre les parties ou du caractère de l'action qu'il a fallu entreprendre pour éviter une décision par défaut (attendu 20) (19). Dans l'arrêt Debaecker (20), la Cour confirme que le juge requis peut tenir compte des circonstances postérieures à la signification ou notification pour apprécier si le délai exigé par l'article 27-2° a pu commencer à courir : "des faits bien que survenus après la notification peuvent néanmoins empêcher que celle-ci mette effectivement l'intéressé en mesure de préparer sa défense (attendu 20). En l'espèce, la Cour invite le juge requis à prendre en considération le comportement du demandeur qui, postérieurement à la notification, a eu connaissance d'une nouvelle adresse du défendeur. A cet égard, la Cour impose à ce demandeur une obligation de loyauté d'une nature particulière : d'une part, on ne peut exiger du demandeur qu'il accomplisse de nouvelles démarches pour informer le défendeur à sa nouvelle adresse mais, d'autre part, le comportement du demandeur "devient important afin d'apprécier

également les conclusions de l'A. G. Capotorti dans l'aff. Rohr c/ Ossberger, *Rec.*, 1981, p. 2437 citées par ces auteurs.

(15) CJCE, 16 juin 1981, Klomps c/ Michel, aff. 166/80, *Rec.*, 1981, p. 1593.

(16) M. Weser et P. Jenard, *op. cit.*, p. 206 n° 105.30.

(17) CJCE, 15 juillet 1982, Pendy Plastic c/ Pluspunkt, aff. 228/81 *Rec.*, 1982, p. 2723.

(18) CJCE, 3 juillet 1990, Lancray c/ Peters, aff. C-305/88, *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 161.

(19) voy. également les exemples reproduits, à partir des observations de la Commission, dans les conclusions de l'A.G. Verloren Van Themaat, dans l'aff. Debaecker c /Plouvier, *Rec.*, 1981, p. 1787 note (10).

(20) CJCE, 11 juin 1985, aff. 49/84, *Rec.*, 1985, p. 1779.

si la notification a été effectuée en temps utile" puisqu'il pourrait éviter que le changement d'adresse apparaisse comme une circonstance exceptionnelle empêchant le délai utile de courir. Lorsque le défendeur est lui-même à l'origine du fait que la notification ne lui est pas parvenue effectivement, il appartient au juge requis d'évaluer "dans quelle mesure le comportement imputable au défendeur peut contrebalancer le fait que le demandeur a eu connaissance, après notification, de la nouvelle adresse au défendeur" (attendu 32).

L'arrêt Denilauder (21) exclut, au nom du respect des droits de la défense, l'application de l'article 27-2° aux décisions judiciaires qui autorisent unilatéralement des mesures provisoires ou conservatoires. La Cour indique en effet que cette disposition n'a "manifestement pas été conçue pour être appliquée à des décisions judiciaires qui (...) sont destinées à être rendues en dehors de la présence de la partie contre laquelle elles sont dirigées et à être exécutées sans signification préalable". Cette disposition vise au contraire "l'hypothèse d'une procédure en principe contradictoire dans laquelle le juge est néanmoins autorisé à statuer lorsque le défendeur, bien que régulièrement appelé au procès, ne comparaît pas". L'inapplicabilité de l'article 27-2° aux décisions rendues sur procédures unilatérales n'implique pas que la reconnaissance ou l'exécution puisse être accordée sans garantie car la Cour ajoute que c'est en réalité l'ensemble du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par le titre III de la Convention qui n'est pas applicable (attendu 13). En conséquence, les mesures provisoires ou conservatoires doivent être sollicitées devant le juge du lieu où sont situés les biens qui font l'objet de ces mesures ainsi que le prévoit l'article 24 (attendu 16) (22).

IV - CONCLUSION

Cette brève analyse permet de conclure en trois propositions :

a) l'article 27-2° n'est pas la seule disposition qui constitue une application du principe du respect des droits de la défense. Ce principe est à la base de la Convention elle-même tant en ce qui concerne la compétence que la reconnaissance et l'exécution ;

b) l'article 27-2° doit être interprété comme les autres dispositions de la Convention, en tenant compte du système de celle-ci : s'agissant d'une restriction à la libre circulation des jugements, elle ne doit pas être applicable au-delà de ce que requiert son objectif limité selon la Cour au "seul but de protéger les droits de la défense" (arrêt Klomps précité attendu 7) ;

c) l'interprétation de l'article 27-2° par la Cour est néanmoins extensive en ce sens que la Cour entend veiller à ce que la protection des droits de la défense soit effective : les conditions de l'article 27-2° sont cumulatives, le contrôle imposé au juge requis par l'article 27-2° s'ajoute au contrôle opéré par le juge d'origine par l'article 20, al. 2, la loyauté du comportement des parties est à prendre en considération pour apprécier le délai utile. Comparé à la cause de refus prévue par l'article 27-1° qui "ne doit jouer que dans des cas exceptionnels" (arrêt Hoffman précité, attendu 21), l'article 27-2° bénéficie d'un statut privilégié.

(21) CJCE, 21 mai 1980, Denilauder c/ Couchet Frères, aff. 125/79, *Rec.*, 1980, p. 1553.
(22) Cette solution toutefois a été vivement critiquée par M. Huet, observations au *Clunet*, 1980, p. 939, dès lors qu'elle contraint le créancier à mener plusieurs procédures distinctes.

R.R.J. 1993-4
Pages 1241 à 1292

ANALYSE INTERDISCIPLINAIRE DE LA JURISPRUDENCE

LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE EN BELGIQUE

Par

Henri SIMONART
Chargé de cours, Université Catholique de Louvain-La-Neuve (Belgique)

INTRODUCTION

Le titre assigné au présent rapport risque d'induire en erreur dans la mesure où il pourrait amener à penser que la jurisprudence constitutionnelle belge est unique. Ce qui, en effet, caractérise le contrôle juridictionnel de constitutionnalité -le seul auquel il sera fait référence ici- c'est la variété des formes au travers desquelles il trouve à s'exprimer.

Actuellement ce contrôle s'exerce de trois manières. Des 1831, l'article 107 de la Constitution énonce que les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'il seront conformes aux lois. Il y a là une première forme de contrôle -notamment de constitutionnalité- confié à l'ensemble des cours et tribunaux, en réalité à toutes les juridictions, qu'elles appartiennent ou non au pouvoir judiciaire. Il a pour objet tous les actes et toutes les règles de droit interne à l'exclusion des lois au sens strict du terme et autres actes ayant valeur législative. Il s'exerce de manière incidente et aboutit, en cas d'irrégularité constatée, à un refus d'application de l'acte ou de la norme à la contestation dont le juge est saisi.

Un deuxième contrôle voit le jour à la suite de la promulgation de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État. Une section d'administration est mise en place au sein de cette institution qui est notamment chargée de statuer par voie d'arrêts sur les recours en annulation dirigés contre les actes et règles des diverses autorités administratives. Deux traits caractérisent la nouvelle forme de contrôle qui s'étend aux mêmes actes et règles que celui prévu par l'article 107 de la Constitution : il est concentré en une juridiction unique et trouve à s'exercer par voie principale au travers d'un contentieux objectif de légalité: le contentieux de l'annulation.

La mise en place du Conseil d'État aboutit à ceci que les actes et les normes non revêtus de la force de loi peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'un double contrôle de constitutionnalité. La loi du 23 décembre 1946 ne modifie, en effet, en rien la règle inscrite à l'article 107 de la Constitution. On en a déduit notamment qu'un arrêt de rejet prononcé par le Conseil d'État ne possède point autorité absolue de chose jugée, ce qui entraîne cette conséquence que la légalité d'un acte adminis-

tratif peut, le cas échéant, à nouveau être débattue devant les cours et tribunaux après le prononcé d'un arrêt de rejet par le Conseil d'État.

Pareil système risque de provoquer des dissonances un même grief pouvant être rejeté par le Conseil d'État mais aboutir, par contre, à un refus d'application par le juge judiciaire. Un exemple récent -qui ne concerne il est vrai pas la constitutionnalité mais la légalité d'un arrêté royal- illustre la situation qui en résulte. Un arrêté royal du 22 mars 1989 (1) fait, dans un premier temps, l'objet d'un recours en annulation auprès du Conseil d'État. Ce recours est rejeté par un arrêt du 8 février 1991. La Cour du Travail de Bruxelles est alors saisie d'une contestation individuelle. Par arrêt du 16 janvier 1992, celle-ci décide de refuser d'appliquer ledit arrêté royal, pour le motif que précisément le Conseil d'État avait jugé non-fondé. L'insécurité juridique qui en résulte conduit en fin de compte le législateur à introduire le contenu dudit arrêté dans la loi du 26 juin 1992 (2), en faisant remonter dans le temps les effets de ses dispositions. En agissant de la sorte, le législateur met ces règles à l'abri du contrôle prévu tant par l'article 107 de la Constitution que par la loi du 23 décembre 1946.

Un troisième contrôle est mis en place lors de l'insertion -le 29 juillet 1980- d'un article 107 ter dans la Constitution. Une Cour d'arbitrage est crée à la suite du partage de la fonction législative entre l'État, les Communautés et les Régions. Dans un premier temps sa fonction est limitée au règlement des excès de compétences commis par les différents législateurs. Par la suite (3) sa mission est étendue au contrôle du respect par ces législateurs de trois dispositions constitutionnelles déterminées, à savoir les articles 6, 6 bis et 17. Dans le même temps il est, par ailleurs, prévu qu'une loi spéciale peut ajouter à ces trois dispositions constitutionnelles d'autres qu'elle désigne. C'est dire qu'est admis le principe d'un contrôle global de constitutionnalité.

Le contrôle confié à la Cour d'arbitrage se distingue du précédent par cela que seuls des actes législatifs peuvent être déférés à cette juridiction, à savoir les lois de l'État, les décrets et ordonnances des Communautés et des Régions. Si, à l'instar du contentieux confié au Conseil d'État, le contrôle des actes législatifs est confié à une juridiction unique, il appert que la Cour d'arbitrage est, à la différence du Conseil d'État, investie d'un véritable monopole. Cela conduit, tout naturellement, à mettre en place non seulement un contentieux de l'annulation mais aussi un contentieux des questions préjudicielles. Les juges -tous les juges- sont en principe obligés à déférer à la Cour d'arbitrage les lois, décrets et ordonnances dès l'instant où se pose à leur sujet une question relative à un éventuel excès de compétences ou à la violation des articles 6, 6 *bis* ou 17 de la Constitution.

L'objet du troisième congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, centré sur "le processus de la transformation de simples décisions de justice en véritables normes juridiques", conduit à privilégier une des trois formes que prend le contrôle de constitutionnalité en Belgique, à savoir le contrôle des normes législatives par la Cour d'arbitrage.

Parmi les raisons qui incitent à opérer ce choix il y a, d'une part, la création relativement récente de la Cour d'arbitrage, ce qui permet de voir "naître" une jurisprudence et le fait que ce contentieux porte sur des actes législatifs qui jusqu'alors

(1) A.R. du 22 mars 1989 fixant les critères et les modalités de la récupération auprès des laboratoires de biologie clinique des montants visés à l'article 34 undecies de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, *Mon. b.*, 29 mars 1989, p. 5417.
(2) L. 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses, *Monit. b.*, 30 juin 1992, p. 14.775.
(3) Révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 modifiant l'article 107 *ter* de la Constitution.

avaient été exclus du contrôle visé à l'article 107 de la Constitution et par la loi du 23 décembre 1946.

L'analyse qui en est proposée débute par quelques indications sur le rôle de la Cour d'arbitrage, tel qu'il est fixé par les textes. Elle se poursuit par une constatation simple, relative à l'attente que suscite son existence et par une étude des techniques aux moyens desquelles est facilité -voir accrédité- le passage de la décision de justice à la norme juridique.

§ 1 — LA FONCTION DE LA COUR D'ARBITRAGE SELON LES TEXTES

La fonction assignée à la Cour d'arbitrage, tant par l'article 107 ter de la Constitution que par la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui lui procure exécution, consiste à porter des jugements de validité sur les lois, décrets et ordonnances qui lui sont soumis. Les règles qui servent de normes de références sont, dans l'état actuel des choses, un certain nombre de dispositions constitutionnelles et des règles de partage des compétences législatives inscrites dans diverses lois de réformes institutionnelles.

Ce qui caractérise la plupart des normes par référence auxquelles s'opère le contrôle c'est la rigidité des conditions de leur élaboration. La procédure d'adoption des règles constitutionnelles suppose une déclaration de révision, suivie d'élections législatives et un assentiment exprimé au sein des chambres constituantes à la double majorité -de présence et de suffrage- de deux tiers au moins. Les lois de réformes institutionnelles, quant à elles, sont pour l'essentiel des lois spéciales qui nécessitent pour leur adoption, la majorité absolue de présence et de suffrage dans chacun des groupes linguistiques dont se composent les assemblées nationales et une majorité de suffrage globale de deux tiers au moins.

Les règles soumises à la censure de la Cour sont d'ordinaire des règles générales et abstraites, de nature normative. Le contrôle étant de validité il postule la confrontation de ces règles à d'autres, elle aussi de nature normative, dont il importe de dégager, au préalable, la signification profonde.

Le contrôle des normes législatives s'opère dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité.

Au contentieux de l'annulation, la Cour d'arbitrage peut être saisie soit par des autorités politiques -le Conseil des Ministres, les différentes Exécutifs des Communautés et des Régions et les présidents des assemblées législatives- soit par des personnes physiques et morales dont il est requis qu'elles démontrent l'intérêt qu'elles ont à agir.

Au contentieux des questions préjudicielles, la Cour doit en principe être saisie par toute juridiction dès l'instant où celle-ci est confrontée à la question de la régularité d'une loi, décret ou ordonnance. Bien que la question soit soulevée -d'office par le juge ou par les parties- dans le cadre d'une contestation concrète, la question soumise à la Cour est en réalité de nature abstraite, détachée en quelque sorte du litige dont le juge a à connaître.

La nature objective du contentieux confié à la Cour d'arbitrage entraîne des conséquences sur la portée qu'il convient de reconnaître aux décisions de celle-ci.

Au contentieux de l'annulation, ces décisions ont autorité absolue de chose jugée. La règle est certaine pour les arrêts emportant annulation, ainsi qu'en témoignent les termes utilisés à l'article 9, § ler, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Elle paraît également devoir être admise pour les arrêts de rejet, l'article 9, § 2, de la loi précitée énonçant que pareils arrêts "sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts". Assez logiquement, les ré-

percussions des arrêts rendus suite à des recours en annulation s'étendent ainsi largement au-delà du cercle de ceux qui sont parties au litige soumis à la Cour d'arbitrage.

A la différence de ce qu'il décide pour le contentieux de l'annulation, le législateur se montre beaucoup plus restrictif lorsqu'il s'agit de préciser les effets des arrêts rendus à la suite d'une question préjudicielle. La solution de principe figure à l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Celui-ci stipule que la juridiction appelée à statuer dans la même affaire, est tenue, pour la solution du litige à l'occasion duquel la question a été posée, de se conformer à l'arrêt de la Cour.

La règle de principe doit, toutefois, être combinée avec cette autre règle inscrite à l'article 26, § 2, de la loi selon laquelle les juridictions -à tout le moins celle dont les décisions sont susceptibles d'appel d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation- sont dispensées de saisir la Cour lorsque celle-ci a déjà statué, dans le cadre d'une autre affaire, sur une question ayant le même objet. On voit de la sorte que si le caractère obligatoire d'un arrêt préjudiciel est strictement limité à un litige déterminé, cet arrêt a, par ailleurs, vocation à étendre ses effets à tout autre litige soumis à un juge du fond qui, cela va de soi, n'est dispensé d'interroger la Cour que pour autant qu'il se conforme à la réponse fournie antérieurement.

Les arrêts de la Cour d'arbitrage présentent les deux caractère dont Ph. Jestaz relève -à juste titre- qu'ils constituent en quelque sorte les préalables de toute idée de jurisprudence (4) : ils sont motivés et bénéficient d'une très large diffusion.

La Cour d'arbitrage étant une juridiction exerçant une fonction juridictionnelle, ses décisions doivent exprimer les motifs de droit et de fait qui conduisent au dispositif et le justifient. Cette exigence, inhérente à la notion même de juridiction, est rappelée à l'article 111 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. L'office accompli étant de contrôler la constitutionnalité de certaines règles, l'exigence de motivation implique, d'entrée de jeu, la présence au sein des arrêts de la Cour d'indications précieuses sur l'interprétation donnée aux règles de référence par cette juridiction qui, en droit interne, possède le monopole de la censure des actes législatifs.

Une large diffusion est assurée aux arrêts de la Cour. Tout arrêt, quel qu'il soit, est systématiquement notifié par le greffe aux présidents des différents exécutifs, aux présidents des assemblées législatives nationales, communautaires et régionales ainsi qu'aux parties à la procédure devant la Cour. Les arrêts préjudiciels sont, en outre, notifiés à la juridiction, qui a posé la question. Ces arrêts sont, par ailleurs, tous publiés -dans un délai qui demeure variable- par la voie du Moniteur belge. Ceux prononcés à la suite d'un recours en annulation font l'objet d'une publication intégrale en français, en néerlandais et en langue allemande. Les arrêts rendus sur question préjudicielle sont publiés par extrait, celui-ci devant comprendre, selon l'article 114 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les considérants et le dispositif de la décision.

A ces deux modes de communication la loi organique en ajoute deux autres. La Cour est tenue d'assurer la publication de ses arrêts dans un recueil officiel. Un début d'exécution a été procuré à cette obligation. Le retard que connaît le recueil est toutefois unanimement déploré (5). La loi fait en outre obligation à la Cour de transmettre copie de ses arrêts aux juridictions qui lui en font la demande.

Dans la mise en oeuvre de sa fonction la Cour dispose de prérogatives qui l'autorisent à se prononcer par des décisions qui ont -en soi- une portée générale. Il s'agit, d'une part, de la faculté qui lui est reconnue de décider de la suspension de la règle entreprise au contentieux de l'annulation. Pareille suspension ne peut, d'une

(4) Ph. Jestaz, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", *Rec. D. S.*, 1987, *Chr.*, p. 17 ; "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", *Rec. D. S.*, 1989, Chr., 149 et *sv.*

(5) A la date de la rédaction du présent rapport -en juin 1992- la collection ne comprend toujours que les quarante-quatre premiers arrêts de la Cour, prononcés en 1985, 1986 et 1987.

manière générale, être décidée qu'à la double condition que le requérant invoque des moyens sérieux et qu'il démontre que l'exécution immédiate de la règle attaquée risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable. Dans la pratique, la Cour d'arbitrage semble se montrer assez restrictive à cet égard. Les décisions ordonnant la suspension sont, en effet, assez rares.

La Cour dispose, par ailleurs, du pouvoir -là où elle l'estime nécessaire- d'indiquer dans ses arrêts d'annulation -par voie de disposition générale précise la loi- ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine. Cette possibilité lui permet, dans un souci de sécurité juridique, de maintenir les actes d'exécution et d'application qui, du fait de l'annulation rétroactive de la règle en vertu de laquelle ils ont été pris, pendant leur fondement juridique. Régulièrement il est fait usage de cette faculté reconnue par l'article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

§ 2 — LES ATTENTES SUSCITÉES PAR LA CRÉATION DE LA COUR D'ARBITRAGE

Si, selon les textes, la Cour d'arbitrage a pour fonction de se prononcer a posteriori sur le respect par les différents législateurs d'un certain nombre de dispositions constitutionnelles et des règles de partage des compétences législatives, l'espoir que fit naître son institution allait, d'entrée de jeu, beaucoup plus loin. Il est clair que, d'une manière générale, étaient attendues des interprétations autorisées des règles de référence, susceptibles de s'imposer à tous les acteurs juridiques et notamment à ceux de ces acteurs qui sont les corps dotées d'une fonction législative. Compte tenu du contexte de la réforme de l'État, qui avait provoqué un fractionnement de cette fonction entre l'État, les Communautés et les Régions, il paraissait impérieux que soit maintenue et au besoin imposée une interprétation uniforme des règles de partage des compétences et des prescrits constitutionnels.

Dès le début des années 80 s'expriment, à cet égard, diverses attentes. En 1982, au moment où sont élaborés les textes qui allaient aboutir à la première loi organique sur la Cour d'arbitrage, le professeur F. Delpérée et Madame A. Rasson-Roland écrivent que le rôle de la Cour est de prolonger l'oeuvre de la Constitution, qu'elle est appelée à interpréter de manière autorisée (6). S'agissant du juge constitutionnel, ils relèvent que celui-ci "contribue par l'interprétation qu'il procure à codifier les règles du jeu politique" et qu'il lui appartient "dans le respect des valeurs fondamentales que la Constitution exprime, en tenant compte de l'histoire constitutionnelle, de l'histoire des idées politiques et du développement de la vie sociale, tout comme des conséquences politiques que ses décisions peuvent avoir, de "servir la Constitution" de la "penser jusqu'au bout", de développer le droit "contenu à l'état embryonnaire dans le texte de la Constitution" en se gardant de créer un nouveau droit constituant».

Une attente du même genre est exprimée par les plus hautes autorités politiques de moment, lors de l'installation solennelle de la Cour d'arbitrage, le ler octobre 1984. Dans l'exposé fait à cette occasion le Vice-premier Ministre, Ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles dit, en s'adressant à la Cour : "...votre jurisprudence devra clarifier la répartition des compétences législatives" (7). Dans le même ordre d'idées, le Premier Ministre avance à cette même occasion que non seulement la Cour est appelée, en aval du pouvoir constituant, à interpréter en dernier ressort un certain nombre de dispositions, mais aussi "qu'en amont de la décision de

(6) F. Delperée et A. Rasson-Roland, "En route pour la Cour d'arbitrage", *A.P.T.*, 1982, p. 226 et sv.
(7) Exposé du Vice-Premier Ministre, Ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles, J. Gol, *A.P.T.*, 1984, p. 244.

Constituant futur et du législateur "para-constitutionnel" de demain, il se pourrait que les enseignements et les orientations qui se dégageront de sa jurisprudence constituent un travail préparatoire précieux pour les décideurs politiques ultérieurs" (8).

Les membres de la Cour d'arbitrage eux aussi s'attachent à mettre en lumière -dans leurs écrits- le rôle créateur de la Cour. J. Delva, Président de la Cour d'arbitrage, relève que si le rôle de toute juridiction est de contribuer à la création du droit jurisprudentiel, il est des indices de nature à faire admettre que le législateur lui-même entend associer directement la Cour à l'oeuvre législative en lui conférant des pouvoirs implicites (9). Il affirme que, de par la nature même de sa mission, la Cour peut être amenée à affiner les règles de partage des compétences législatives et qu'il lui appartient de la sorte de parachever la structure fédérale de l'État, mise en place lors de la redistribution du pouvoir législatif.

Procédant à un examen d'ensemble des arrêts prononcés par la Cour, A. Rasson-Roland, Référendaire à la Cour d'arbitrage, observe très justement que si celle-ci se limite le plus souvent à interpréter les règles répartitrices de compétences en fonction de l'application qu'elle devra en faire dans le litige qui lui est soumis, elle s'efforce dans certains de ses arrêts de donner des définitions plus complètes, fournissant de la sorte aux différents législateurs des indications plus précises sur leurs compétences respectives. Elle avance par ailleurs "la Cour manquerait à sa tâche d'arbitrage et de pacification si elle demeurait toujours à l'intérieur du cadre strict du litige qui lui est soumis. En explicitant ainsi les règles du jeu, la Cour évite une multiplication des litiges constitutionnels et elle favorise la sécurité juridique" (10).

Sans doute est-ce également le souci de voir la Cour d'arbitrage jouer avec le plus d'efficacité possible un rôle pacificateur qui conduit F. Debaedts, juge à la Cour d'arbitrage, à tenir pour évident qu'un arrêt d'annulation contient par sa nature même une injonction implicite, adressée à l'auteur de la règle annulée ou à un autre législateur, leur interdisant d'édicter à l'avenir une règle identique ou analogue dans la même matière (11). La violence des propos, exprimés en termes vigoureux par ce magistrat à l'encontre de la thèse contraire que nous avions défendue et que partage du reste l'excellent spécialiste qui est le professeur J. Velaers (12), semble à cet égard très significative.

Sur le plan des principes, M. F. Rigaux, Référendaire à la Cour d'arbitrage, écrit à propos du rôle créateur du juge : "Il y a une norme dont il faut préserver la rigueur ; son enracinement historique implique cependant qu'elle puisse connaître des interprétations nouvelles tant jurisprudentielles que législatives, dont les qualités respectives ne sauraient cependant être hiérarchisées puisqu'elles sont le résultat de l'exercice de fonctions différentes... Aucun pouvoir dans l'État ne détient le monopole de la création du droit : celle-ci est permanente et diversifiée, à l'instar des autorités chargées de l'élaborer... (13).

---

(8) Allocution du Premier-Ministre à l'occasion de l'installation de la Cour d'arbitrage, le 1er octobre 1984, *A.P.T.*, 1984, p. 248.
(9) J. Delva, "Profil constitutionnel de la Cour d'arbitrage de Belgique", *A.P.T.*, 1991, pp. 1 à 25.
(10) A. Rasson-Roland, "La Cour d'arbitrage et les évolutions du droit", in *La Cour d'arbitrage, actualité et perspectives*, Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 310 à 320.
(11) F. Debaedts, Boekbespreking, *T.P.R.*, 1990, pp. 335 et sv.
(12) J. Velaers, *Van arbitragehof tot Grondwettelyk Hof*, Antwerpen, Apeldoorn, Maklu, 1990, n° 441, p. 329.
(13) M. F. Rigaux, "La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et le système constitutionnel", in *La Cour d'arbitrage, actualité et perpectives*, Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 250.

§ 3 — LES TECHNIQUES UTILISÉES PAR LA COUR D'ARBITRAGE

La tendance est toute naturelle qui consiste à chercher dans les arrêts de la Cour d'arbitrage, au delà du jugement porté sur la validité d'une norme législative, des précisions dont il est attendu qu'elles fassent office de précédents, au sujet notamment de l'identification des règles de référence et surtout de la portée qu'il convient de leur donner. Pour que les arrêts puissent remplir cette fonction il convient qu'ils soient formulés -du moins dans la partie de la décision appelée à faire jurisprudence- de la manière la plus générale et abstraite possible, à l'instar des règles dont l'existence est dévoilée et l'interprétation procurée.

En procédant à l'examen des arrêts rendus depuis 1985 par la Cour d'arbitrage, on constate que diverses techniques sont utilisées par la Cour pour permettre que ses décisions acquièrent cette signification : répétition systématique de formules générales et abstraites, renvois à des décisions antérieures, réponses abstraites procurées à des questions préjudicielles très ciblées, confirmation de la jurisprudence antérieure. Ce sont là autant de mécanismes qui contribuent à donner aux motifs des arrêts prononcés par la Cour la valeur de précédents.

Bon nombre d'arrêts de la Cour contiennent d'importantes indications -générales et abstraites- sur la manière dont s'interprètent aussi bien des dispositions constitutionnelles que les règles de partage des compétences législatives et celles qui sont relatives à l'accès et au rôle de la Cour. Ces indications apparaissent de façon d'autant plus visible que la méthode, généralement adoptée par la Cour, consiste à préciser, dans un premier temps, l'objet exact des règles qui lui sont déférées, à dégager ensuite la signification et la portée des règles de référence qui commandent la matière et à confronter, enfin, les règles querellées aux normes de référence.

Il advient fréquemment, ainsi que le relève très exactement A. Rasson-Roland (14) que l'opération qui consiste à dégager la portée des règles de référence en exprime toutes les virtualités, au delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher la question de validité soumise à la Cour. Ainsi, en 1988, la Cour a-t-elle été amenée à se prononcer sur la régularité de certaines taxes établies par la région wallonne. Différents textes commandent la matière dont l'article 110 de la Constitution. Dans les deux arrêts qui y relatifs, l'un rendu au contentieux de l'annulation (15), l'autre à la suite d'une question préjudicielle (16), la Cour, fidèle à sa méthode, entend dégager la portée de cette disposition constitutionnelle après avoir précisé l'objet exact des règles soumises à sa censure. Elle relève qu'en vertu de l'article 110, § 2, de la Constitution les Communautés et les Régions ont en principe une compétence fiscale propre mais que, par ailleurs, le législateur national s'est vu attribuer le pouvoir de déterminer, en ce qui concerne la fiscalité des Communautés et des Régions, les exceptions dont la nécessité est démontrée, ce qui signifie en d'autres termes que le législateur national peut déterminer quels impôts ne peuvent pas être levés par les Communautés et les Régions et qu'il peut aussi supprimer ou limiter un impôt institué par une Région ou une Communauté si la nécessité en est démontrée. A l'occasion de l'examen de la validité d'un décret régional wallon est ainsi procurée la signification du texte constitutionnel qui domine toute la fiscalité propre des Communautés et des Régions.

Plus significatifs de la méthode sont sans doute les arrêts où la Cour examine si les Communautés et les Régions n'excèdent pas leurs compétences en réglant des matières que la Constitution réserve à la loi.

---

(14) Voy. supra, note 10.
(15) C.A., 25 février 1988,n° 47, *Monit.b.*, 17 mars 1988.
(16) C.A., 2 juin 1988, n° 57, *Monit.b.*, 22 juin 1988.

La difficulté majeure provient de l'existence de certaines dispositions constitutionnelles qui précisent que telle matière ou tel objet ne peut être réglé que par la loi. Une question d'interprétation a surgi à propos de ces dispositions et plus particulièrement à propos de celles d'entr'elles qui sont antérieures à la réforme de l'État, au moment où il n'existait qu'une seule catégorie de règle de nature législative, à savoir la loi nationale. La question était très précisément la suivante : faut-il, après l'apparition du décret, acte législatif des Communautés et des Régions, considérer que le terme "loi" vise uniquement l'acte législatif national -ce qui exclut dès lors toute intervention des Communautés et des Régions, ou bien faut-il considérer que le terme "loi" désigne, en réalité, une norme législative ce qui, du même coup, permettrait le cas échéant l'intervention des Communautés et des Régions.

La question a été soumise à la Cour d'arbitrage qui l'a tranchée pour la première fois dans son arrêt du 23 décembre 1987 (17). Dans une section particulière de son arrêt, intitulée : "Quant aux matières réservées à la loi par la Constitution" la Cour énonce ce qui suit :

"Les articles 3 *ter*, 59 *bis* et 107 *quater* de la Constitution et les articles 4 à 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 ont conféré au législateur décrétal le pouvoir de régler par décret un certain nombre de matières. L'article 19, § ler, de la loi spéciale dispose cependant que le décret règle les matières visées aux articles 4 à 11, sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi.

Il en résulte que, sauf les cas où une habilitation spéciale et expresse a été donnée par les lois spéciales et ordinaires de réformes institutionnelles, le décret ne peut régler les matières qui lui ont été attribuées qu'à la condition de n'empiéter en aucune façon sur les compétences réservées à la loi par la Constitution.

La possibilité donnée aux Conseils par l'article 10 de la loi spéciale de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles ils ne sont pas compétents ne peut trouver à s'appliquer à des compétences que la Constitution réserve à la loi".

Ce qui importe ce n'est pas tellement la solution retenue mais bien plutôt qu'il s'agit là, d'entrée de jeu, d'une véritable doctrine des matières réservées et, par ricochet, des pouvoirs implicites, formulés en termes généraux et abstraits. Il n'est pas surprenant, dès lors, de constater que la formule arrêtée dans l'arrêt du 23 décembre 1987, quelque peu explicitée pour ce qui est des pouvoirs implicites dans un arrêt du 30 juin 1988 (18), soit reproduite d'une manière systématique dans tous les arrêts où la Cour est appelée à examiner la question d'un éventuel empiétement des Communautés et des Régions sur les matières réservées à la loi.

La technique de la reproduction systématique de formules générales et abstraites, arrêtées dans des arrêts antérieurs qui acquièrent de la sorte valeur de principe, se vérifie dans bien d'autres domaines. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la notion d'intérêt dont on à justifier les personnes physiques et morales qui intentent un recours, de la faculté qu'ont ces personnes de se désister de leurs recours, ou encore des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination.

Il advient, plus rarement il est vrai, que la Cour plutôt que de répéter ce qu'elle a énoncé dans un arrêt antérieur se contente de renvoyer purement et simplement à cet arrêt.

Tel est le cas dans l'arrêt du 29 janvier 1987 (19). Une question préjudicielle avait été posée par un tribunal correctionnel. Aucune des parties devant ce tribunal n'avait introduit de mémoire auprès de la Cour dans le délai prescrit par la loi orga-

(17) C.A., 23 décembre 1987, n° 44, *C.A.-A.*,1987, p. 271.
(18) C.A., 30 juin 1988 n n° 66, *Monit.b.*, 21 juillet 1988.
(19) C.A., 29 janvier 1987, n° 32, *C.A.-A.*,1987, p. 169.

nique. L'Exécutif flamand soutient -comme il l'avait déjà fait dans une affaire antérieure- qu'à défaut d'avoir introduit un mémoire en temps utile, ceux qui sont parties devant le tribunal correctionnel n'acquièrent pas la qualité de partie devant la Cour. Plutôt que de reprendre l'argumentation développée dans son arrêt précédent, la Cour relève qu'elle a déjà eu l'occasion de statuer sur cette question, que l'arrêt rendu le 25 mars 1986 (20) a rejeté le moyen de procédure à nouveau invoqué, tout en ajoutant qu'elle porterait atteinte à la contradiction des débats devant elle si elle modifiait sa position sur cette question en excluant des débats, dans une procédure déjà engagée, des parties qui pouvaient légitimement s'y croire admirer.

La technique du renvoi se retrouve dans l'arrêt du 11 février 1988 (21). Rendu à la suite de questions préjudicielles posées par le Conseil d'État, la Cour était amenée -entre autres choses- à examiner si, dans le cadre de la compétence reconnue aux Régions en matière de planification régionale et d'initiative industrielle publique au niveau régional -compétence qui, selon les textes de l'époque, incluait notamment la création d'organismes, leur organisation, leurs missions et leur contrôle- les Régions étaient soumises aux dispositions de l'article 13, §§ 3 et 6, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Cette question avait été au centre d'un litige antérieur introduit par un recours en annulation formé contre un autre décret de la même Région. La Cour d'arbitrage y avait décidé, en termes très nets, que l'article 13, §§3 et 6, de la loi spéciale n'était pas applicable en la matière. Plutôt que de reprendre les développements qu'elle avait consacrés à cette question dans son arrêt du 26 juin 1986 (22), la Cour se contente, dans son arrêt du 11 février 1988, de renvoyer à l'arrêt antérieur dans les termes suivants : "Ainsi que la Cour l'a déjà constaté (arrêt n° 24 du 26 juin 1986 — affaire n° 19 du rôle), les paragraphes 3 et 6 de l'article 13 de la loi spéciale ne concernent pas les organismes de planification régionale et d'initiative industrielle au niveau régional".

Faut-il relever que cette technique de renvoi pur et simple à des arrêts antérieurs, rendus à l'occasion d'autres contestations, contribue à donner aux interprétations contenues dans ces arrêts, la valeur de précédents ?

La tendance qui consiste à formuler les arrêts de la Cour d'arbitrage de manière générale et abstraite -et par conséquent, aptes à faire jurisprudence- s'exprime de manière particulière au contentieux des questions préjudicielles. Cela se comprend aisément. Les solutions retenues par le législateur à propos de ce contentieux conduisent, en effet, à limiter le caractère obligatoire de la réponse au seul litige à l'occasion duquel la question a été soulevée même si, par ailleurs, tout arrêt préjudiciel permet à tout juge du fond, saisi d'un autre litige, de ne pas interroger la Cour sur une question à laquelle elle a déjà répondu.

Deux techniques, utilisées par la Cour, semblent pouvoir être mises en lumière qui contribuent à étendre au maximum la portée des réponses fournies dans un arrêt préjudiciel et à donner valeur de jurisprudence à des réponses antérieures.

L'arrêt du 4 juillet 1991 (23) fournit un bon exemple de la première technique. Le litige, qui était à l'origine de la question préjudicielle, concernait les droits successoraux d'un enfant naturel tant dans la succession de sa mère, décédée le 21 juillet 1956, que dans la succession de la soeur de celle-ci, dont le décès était survenu le 22 mai 1983. Ce qui faisait problème au regard des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, c'est qu'en vertu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 -qui avait supprimé en droit belge la plupart des discriminations dont étaient victimes les enfants nés hors mariage- il fallait continuer à appliquer aux succes-

(20) C.A., 25 mars 1986, n° 12, *C.A.-A.*,1986, p. 56.
(21) C.A., 11 février 1988, n° 46, *Monit.b.*, 24 février 1988.
(22) C.A., 26 juin 1986, n° 24, *C.A.-A.*, 1986, p. 425.
(23) C.A., 4 juillet 1991, n° 18/91, *Monit.b.*, 22 août 1991.

sions ouvertes avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'ancien article 756 du Code civil. Cet article du Code civil énonçait ce qui suit : "Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père et mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère".

C'est très logiquement que la Cour de cassation pose à la Cour d'arbitrage la question de la compatibilité avec les articles 6 et 6 bis de la Constitution, de l'ancien article 756 du Code civil, applicable en l'espèce en vertu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987. Ayant égard à la contestation dont avaient été saisis les juges du fond, la Cour de cassation pose la question dans les termes suivants : l'article 756 du Code civil est-il ou non contraire aux articles 6 et 6 *bis* de la Constitution dans la mesure où il exclut les enfants naturels non reconnus de la succession de leur mère naturelle et de la succession des parents de celle-ci "lorsque ces successions se sont ouvertes successivement le 21 juillet 1956 et le 22 mai 1983 ?".

Après avoir notamment rappelé la teneur de l'arrêt Marckx du 13 juin 1979, aux termes duquel la Cour européenne des droits de l'homme avait en quelque sorte condamné la législation belge comme contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'arbitrage arrive à la constatation qu'effectivement l'article 756 ancien du Code civil viole les articles 6 et 6 *bis* de la Constitution. Dans le contexte du présent rapport, l'intérêt de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 4 juillet 1991 vient des considérations qui suivent la constatation d'inconstitutionnalité.

La Cour relève que la portée d'un arrêt préjudiciel excède les limites du litige au cours duquel la question a été soulevée. Elle juge devoir avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations. Elle énonce que le principe de la sécurité juridique justifie que les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt Marckx ne soient pas affectées par le constat d'inconstitutionnalité de l'article 756 du Code civil, ce qui implique que si cet article peut être appliqué aux successions ouvertes avant le 13 juin 1979, il est, par contre, inapplicable aux successions ouvertes à partir de cette date. D'où la réponse, telle qu'elle figure dans le dispositif de l'arrêt : "L'article 756 ancien du Code civil, maintenu en vigueur en vertu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, viole les articles 6 et 6 *bis* de la Constitution en tant qu'il s'applique à des successions ouvertes à partir du 13 juin 1979".

Au niveau des principes on ne peut qu'approuver la Cour d'arbitrage dans la mesure où elle entend fournir une réponse qui dépasse le cadre d'une question très, voire trop ciblée. De la sorte la Cour procure à sa décision un effet utile maximum, la réponse ayant vocation à servir dans tous les litiges à venir.

Le rôle de précédents que sont appelés à jouer les arrêts rendus au contentieux des questions préjudicielles est encore accentué par le traitement procédural réservé aux questions auxquelles la Cour a déjà répondu et la façon dont procède la Cour à cet égard.

Un premier arrêt mérite d'être signalé. Il s'agit d'un autre arrêt du 4 juillet 1991 (24). La Cour avait été saisie d'une question préjudicielle par un jugement du 29 avril 1991 dont l'expédition avait été reçue au greffe le 3 mai suivant. La question portait sur l'article 3 de la loi du 29 juin 1964 relative à la suspension, le sursis et la probation dont la compatibilité avec l'article 6 de la Constitution était mise en doute. Dès le 22 mai les juges rapporteurs estiment qu'il peut être fait application de la procédure simplifiée prévue à l'article 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 -qui vise les hypothèses de recours manifestement non fondés et de questions préjudi-

(24) C.A., 4 juillet 1991, n° 21/91, *Mon.b.*, 22 août 1992, p. 18.157.

cielles manifestement sans objet- pour le motif qu'une réponse avait déjà été donnée à une question identique émanant d'un autre juge, par l'arrêt 9/91 du 2 mai 1991 (25). La Cour applique la procédure simplifiée et rend un arrêt dont le dispositif reproduit très exactement celui de l'arrêt antérieur.

Quant au fond, la solution de la Cour paraît raisonnable. Pourquoi, en effet, ne pas simplifier les choses dès l'instant où il existe déjà une réponse, singulièrement lorsque le juge -qui, il est vrai, n'y est pas tenu- ne précise rien quant à la prétendue inconstitutionnalité et que les parties au litige a quo ne se manifestent pas, alors que l'occasion leur en est donnée ? Si, à première vue, il peut paraître singulier de considérer comme étant manifestement sans objet une question portant sur une règle déterminée à laquelle une réponse a déjà été fournie, il faut admettre que l'article 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 est à tout le moins équivoque. Sa discussion au sein des assemblées législatives est, en effet, caractérisée par une confusion d'idées et de terminologie qui s'exprime encore dans le texte tel qu'il est aujourd'hui. L'alinéa 3 prévoit, en effet, que la Cour peut décider de mettre fin à l'examen de l'affaire, sans autre acte de procédure, par un arrêt dans lequel, selon le cas, le recours ou la question est déclaré non fondé, alors que l'alinéa 4 énonce que si la proposition de prononcer un arrêt déclarant l'affaire non fondée ou un arrêt de réponse immédiate n'est pas retenue, la Cour le constate par ordonnance.

Un deuxième arrêt mérite également d'être relevé. C'est l'arrêt du 7 mai 1992 (26) également rendu en réponse à une question préjudicielle au terme de la procédure simplifiée visée à l'article 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Ce qui retient l'attention c'est la dernière phrase de la partie de l'arrêt consacrée à la procédure, rédigée comme suit : "La Cour décide de confirmer sa jurisprudence et de rendre le présent arrêt de réponse immédiate". C'est la première fois, à notre connaissance, que la Cour d'arbitrage utilise le terme "jurisprudence" pour désigner une interprétation qui se dégage de ses arrêts.

Dans le même ordre d'idées il convient de citer l'arrêt du 18 juin 1992 (27) qui est également un arrêt de réponse immédiate à la question préjudicielle posée par un tribunal de 1ère instance qui avait interrogé la Cour pour savoir si le décret wallon du 17 juillet 1985 ne violait par les articles 6 et 6 *bis* de la Constitution en instaurant pour certaines infractions un délai de prescription différent de celui prévu en Région flamande pour le même genre d'infractions. Dans la partie de l'arrêt consacrée à la procédure suivie devant elle, la Cour ne fait pas, cette fois, allusion à sa jurisprudence relative à l'article 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Par contre, dans la partie suivante, consacrée à l'examen de la question en droit, on trouve cette phrase : "La Cour décide de confirmer la jurisprudence des arrêts 63 du 8 juin 1988, n° 33/91 du 14 mai 1991 et 37/92 du 7 mai 1992".

L'interprète est quelque peu perplexe face à cette référence faite à trois arrêts antérieurs. Le premier, qui date semble-t-il du 9 juin et non pas du 8 juin 1988, répond à la question de savoir si le décret wallon du 17 juillet 1985 viole ou non les règles de partage des compétences entre État, Communautés et Régions. Quant au deuxième, on n'en a pas trouvé trace. Il ne semble pas que la Cour ait rendu un arrêt le 14 mai 1991. S'agissant du troisième, rendu sur recours en annulation, il paraît sans rapport avec la question à examiner.

Toujours est-il qu'il s'agit -sauf erreur de notre part- du premier arrêt où, abandonnant la technique de la répétition de formules antérieures et celle du renvoi pur et simple à une décision antérieure, la Cour entend, pour résoudre une question

(25) C.A., 2 mai 1991, *Monit.b.*, 31 mai 1991.
(26) C.A., 7 mai 1992,38/92.
(27) C.A., 18 juin 1992, 50/92.

qui n'est pas de procédure, "confirmer sa jurisprudence". S'il y a en l'espèce confirmation de jurisprudence -alors que la question à laquelle il a été répondu le 9 juin 1988 était différente de celle posée en 1992- c'est parce que dans son arrêt du 18 juin 1992 la Cour examine d'abord la compétence législative de la Région pour conclure dans un second temps, à l'absence de violation des articles 6 et 6 *bis* de la Constitution.

CONCLUSION

Quoi de plus normal que les décisions de la Cour d'arbitrage fassent jurisprudence.

Au moment même de son instauration, c'était déjà le souhait unanimement formulé. Créée dans le cadre de la réforme de l'État, la Cour apparaît d'emblée comme le dépositaire attitré des règles dont elle est appelée à assurer le respect. Dotée du pouvoir redoutable de "casser" la loi, elle est du même coup investie de cette prérogative -qui lui est conférée en monopole- d'interpréter les règles au nom desquelles la sanction suprême est prononcée.

Dans un État composé, qui depuis plus de vingt ans cherche à trouver un nouvel équilibre dans l'expression du pouvoir, la nécessaire cohérence du Droit fait apparaître de manière particulièrement pressante la nécessité de conserver des interprétations uniformes des dispositions constitutionnelles et de règles qui redistribuent l'exercice de la fonction législative. C'est le rôle premier de la Cour d'arbitrage, son rôle essentiel, qui transcende -et de loin- son rôle d'annulation qui n'en est que la conséquence occasionnelle. C'est le pari fait par le Constituant de 1980, auquel adhère l'ensemble des pouvoirs, auquel demeurent attentifs les justiciables eux-mêmes.

Il n'est dès lors point surprenant que la Cour d'arbitrage -dont l'existence et la survie dépendent pour une large part de la confiance dont elle peut jouir auprès des autres pouvoirs au sein de l'État- et notamment de ceux qui lui ont donné une confiance de principe -entende pleinement mais avec la prudence nécessaire assumer son rôle. Elle l'accomplit sereinement -ouvertement- en s'abstenant de se réfugier derrière cette image combien déformante de la réalité, selon laquelle le juge ne serait rien d'autre que l'expression de la règle qu'il applique, à laquelle il ne lui est permis ni de retrancher quoique ce soit ni d'y ajouter. A la différence d'autres juridictions -elles aussi souveraines dans leur domaine- la Cour d'arbitrage assume la fonction qui lui est dévolue en imprimant -volontairement- un caractère général à ses décisions, en faisant référence, en pleine connaissance des causes et des conséquences, à ses propres décisions, en les qualifiant même les enseignements qui en émanent de "jurisprudence".

En agissant de la sorte elle permet sans doute d'accréditer une image plus exacte de la réalité des liens qui unissent ceux qui sont investis de la fonction de "faire" les règles et ceux qui sont chargés de cette responsabilité redoutable d'en faire des normes "praticables".

30 juin 1992

LE RÔLE CRÉATEUR ET LES LIMITES DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, SPÉCIALEMENT EN MATIÈRE DE PROCRÉATION ASSISTÉE

Par

Philippe PEDROT
Maître de Conférences
Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires de Toulon (France)

Deux siècles après les travaux de l'Assemblée constituante française caractérisés par la primauté de la loi, pourquoi s'intéresser au rôle créateur de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, en particulier dans les litiges qui concernent la procréation assistée et la filiation ?

Quel fil directeur y-a-t-il entre les problèmes relatifs à l'insémination ante ou post mortem, à la fécondation in vitro ou in vivo, au statut de l'embryon surnuméraire ou à celui du foetus après la mort du donneur, aux maternités de substitution ou à l'expérimentation biomédicale ? En quoi ces litiges générés par ces techniques récentes traduiraient-elles une conception nouvelle de l'acte de juger ? En quoi cela changerait-il la nature et le rôle de la jurisprudence ?

C'est qu'il faut d'abord observer qu'il y a là des situations totalement inédites et qui touchent à l'indécidable dans ces cas d'espèce relatifs au statut du corps humain ou à celui de l'enfant né ou à naître. Or, même si le juge a l'obligation de dire le droit, d'énoncer la ratio decidendi, "l'inédit, comme le montre M. Atias, est en dehors du droit... nul ne plaide vraiment l'inédit, l'inconnu, le tout nouveau, le jamais vu, le risque serait trop grand (1)".

Il faut, en effet, insister sur le caractère totalement inédit des questions juridiques posées par ces nouvelles techniques car celles-ci ont eu trois conséquences sur la détermination du lien de filiation : elles tendent d'abord à réaliser un changement d'échelle et de portée de l'agir humain puisqu'elles représentent un véritable défi à la notion de temps et à la notion d'espace ; elles bouleversent ensuite les modes de preuve de la paternité par une connaissance beaucoup plus précise de la

(1) C. Atias, Jurisdictio : redire l'inédit, D. 1992, p. 281.

transmission héréditaire ; ces techniques ont enfin pour effet d'introduire dans la relation du couple un tiers qui risque de déstabiliser la notion même de parentalité.

Au delà de la régulation de toutes les pratiques bio-médicales, c'est toute la question de la normativité qui se trouve soulevée dans un contexte scientifique et technique en redéfinition constante.

Or, en l'absence d'intervention du législateur sur des questions qui touchent au sens même de la vie, c'est le juge, quel que soit le degré de juridiction qui a dû créer cet encadrement normatif (2). C'est le juge qui a dû tracer la ligne de partage entre ce qui est juste et ce qui est nuisible parce qu'il faut bien "quand dans un État, l'autorité constituante est consciemment ambiguë, l'autorité législative délibérément inerte et l'autorité gouvernementale systématiquement peureuse que le juge, saisi d'un litige ponctuel sur lequel les normes sont silencieuses, dise et rende le droit".

Toute une jurisprudence transversale, touchant tant au droit civil qu'au droit administratif ou au droit pénal, s'est donc peu à peu élaborée, à travers un ensemble de décisions dont certaines ont une portée à la fois symbolique et juridique. Un examen attentif des décisions jurisprudentielles en ce domaine révèle cependant qu'un véritable encadrement normatif avec ses limites et ses imperfections s'est mis en place pour régir les pratiques médicales et biologiques ayant pour objet le corps humain (I). En même temps, on peut observer que la jurisprudence a cherché à établir des bornes à la privatisation de la filiation par une articulation de l'éthique et du juridique (II).

I - LA CRÉATION PAR LE JUGE D'UN ENCADREMENT NORMATIF

Face à des questions qui touchent à la reproduction, à la transmission du patrimoine génétique, à la notion de filiation, le juge a donc été convoqué, sollicité pour trancher un certain nombre de litiges. Il l'a fait par référence à des règles juridiques mais aussi à des principes éthiques pour rappeler des concepts aussi essentiels que celui de "dignité de la personne" ou "d'indisponibilité du corps humain". Tâche éminemment difficile pour le juge en raison du pluralisme éthique de notre société et de l'affirmation fréquente du primat de la liberté individuelle.

La jurisprudence a donc été amenée à étendre considérablement son rôle en exerçant une fonction médiatrice entre les différents intérêts en présence.

Loin d'être uniquement un savant connaisseur de droit apte à faire oeuvre de jurisprudence, le juge a dû exercer sa fonction pour redonner du sens, pour être l'ordonnateur du réel face au désordre des faits, pour faire la balance des intérêts en litige.

A - L'EXTENSION DE L'ACTE DE JUGER

Une caractéristique essentielle de ces techniques de procréation médicalement assistée et de façon générale de l'évolution du droit de la famille est la montée en force de la notion de parenté intentionnelle.

Non seulement chaque couple se voit reconnaître la possibilité de refuser l'existence physique de l'enfant par la contraception et l'interruption de grossesse mais apparaît de plus en plus l'idée selon laquelle ces techniques doivent être mises à la disposition de tout être humain, célibataire ou marié, vivant seul ou en couple,

(2) J. Robert, Le juge administratif et la bioéthique, Mélanges Chaput, p. 571.

réputé libre de son corps et de ses choix (3). En un mot, on observe une tendance à la désinstitutionnalisation du droit des personnes et de la famille.

A priori, on pourrait considérer que ces questions relèvent uniquement de la conscience personnelle et qu'il n'appartient pas à un juge de créer des règles qui limiteraient la liberté individuelle. Mais deux raisons s'opposent à une telle vision restrictive du rôle du juge : d'abord, parce que celui-ci, lorsqu'il est saisi d'un litige, par exemple, en matière d'insémination post mortem ou de préjudice consécutif à une erreur de diagnostic ante natal, est tenu de statuer, sans pouvoir s'abriter derrière le silence, l'obscurité ou le caractère lacunaire de la loi.

Ensuite, parce que ces questions touchent à la nature même du lien social, aux fondements de notre ordre social et culturel. Comme l'ont rappelé deux auteurs dans un ouvrage intitulé "Produire l'homme, de quel droit", "la déclaration de la naissance à l'état civil ou la reconnaissance de l'enfant inscrivent l'enfant nouveau né comme un individu familialement et généalogiquement situé, socialement reconnu comme partie de la nation" (4).

La jurisprudence a donc rappelé dans de nombreuses décisions que la conception d'un enfant, son éducation, dépassaient largement le cadre des relations purement privées, que le "souci de soi", selon l'expression de Michel Foucault n'était pas seul en cause et qu'il était tout à fait important de s'intéresser aux conséquences sociales de la notion de filiation.

Par une série de décisions plus ou moins solennelles, à la suite d'un débat public qui a duré pendant plusieurs années, la jurisprudence a cherché à limiter les risques de dissociation trop importants de la filiation biologique et de la filiation sociale. Certes, dans l'adoption, on observe une telle dissociation des deux types de parenté mais il importe d'observer que dans le cas de l'adoption, on porte remède à une situation de fait, d'ores et déjà existante, à savoir l'abandon, alors que dans de nombreuses situations entraînées par la procréation assistée, on crée de facto une telle dissociation qui n'existe pas initialement. Et c'est sur cette différence essentielle que la jurisprudence s'est fondée pour sanctionner certains détournements d'institution telle que celle de l'adoption.

Loin de se contenter de poser une norme particulière limitée à un litige donné, la jurisprudence a réaffirmé par plusieurs décisions que l'être humain a fondamentalement une dimension sociale, qu'il est un être bio-culturel. Ainsi en matière de transsexualisme ou de maternité de substitution, la jurisprudence a considéré dans des décisions récentes qu'il ne fallait pas faire glisser le droit de la filiation vers un régime de négociation absolue.

Que le recours aux procréations assistées tende à élargir la reconnaissance dans notre droit de la notion de parenté intentionnelle est en soi un fait dont la jurisprudence a dû tenir compte et qu'elle n'a pas en tant que tel prohibé : il s'agit de lutter contre la stérilité d'un couple.

Mais la jurisprudence a indirectement rappelé par des décisions comme celles relatives aux maternités de substitution qu'une pure morale de l'intention déconnectée d'une réflexion éthique sur les conséquences concrètes immédiates et lointaines, individuelles et collectives de l'agir pouvait être profondément déshumanisante.

Contrairement à certaines interprétations, la jurisprudence n'a pas cherché à normaliser tel ou tel type de comportement, à dicter telle ou telle règle de conduite, à travers ces décisions qui touchent aux procréations assistées ou à la filiation. Elle a

(3) R. Badinter, Discours de Venise, 20 mars 1984.
(4) J.-L. Baudouin, C. Labrusse, Produire l'homme de quel droit, PUF, 1987, p. 212.

délimité le champ d'autonomie humaine, le point limite où la liberté risquait de basculer dans l'inhumain.

La jurisprudence a donc été amenée à veiller à la cohérence du droit en rappelant que la filiation n'est jamais la simple projection de l'engendrement. Elle a réaffirmé qu'on ne saurait par conséquent prendre appui sur la liberté individuelle pour admettre dans toutes les hypothèses une privatisation totale du lien de filiation.

B - LA REDÉFINITION DE L'ACTE DE JUGER

En l'absence de loi spécifique, c'est donc la jurisprudence qui a tracé la limite entre le licite et l'illicite, la frontière entre la liberté individuelle et la nécessaire imposition de règles impératives. C'est la jurisprudence qui, devant ces situations inédites pour lesquelles on peut parler de vide législatif, a rappelé les fondements humanistes de notre droit contractuel et du droit des personnes. C'est elle, avec sa force, sa souplesse et ses faiblesses, ses lenteurs, ses contradictions qui a tranché des questions fondamentales comme celle de savoir si la volonté humaine avait dans son pouvoir de créer n'importe quelle structure parentale ou si le droit de l'enfant était admissible.

L'acte de juger, dans ces domaines, n'a donc pas seulement pour objet de révéler, d'interpréter le droit mais encore de le créer. Le juge donne un sens à la loi, l'adapte, comble les lacunes, oriente l'interprétation dans une direction déterminée. Il rappelle aussi des repères fondateurs de notre société comme celui de l'altérité et de la distinction des personnes et des choses. Il réaffirme des principes essentiels comme celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il a aussi un rôle synthétique et pédagogique par sa fonction créatrice.

L'examen des questions relatives à la bioéthique nécessite donc pour le juge de garder le sens de la mesure, de faire oeuvre de prudence en faisant l'équilibre entre les différents intérêts en présence.

Mais l'exercice de la fonction jurisprudentielle n'est pas exempt de risques. Poussé à l'extrême, l'appel au juge pourrait en effet aboutir à un déni de politique et à une négation de la loi.

Le juge doit en outre veiller à éviter un dernier écueil : celui du déni des limites par défi de notre condition de mortel ou par un trop grand respect de l'autonomie individuelle.

En définitive, la question fondamentale à laquelle doit répondre la jurisprudence dans ce domaine, me paraît être celle de savoir ce que la société considère comme essentiel pour la construction du lien social. Or, on le sait, la jurisprudence a fait preuve d'une grande prudence en ce domaine. Elle a considéré que détruire un lien de filiation, priver un enfant d'une partie de sa généalogie, tricher avec la filiation, passer d'une filiation à une autre au gré de ses intérêts propres pouvait s'avérer profondément néfaste pour le développement d'un enfant.

Le droit, en effet, ne se limite pas à un ensemble de textes, c'est aussi une instance de jugement, qui nous est nécessaire pour préserver un tissu de relations sociales sans cesse menacé de déchirures.

Or, on le sait, le droit de la filiation a pour fonction de donner une identité au sujet en le situant dans un groupe déterminé : il "institue" des relations humaines. A cet égard, les anthropologues ont montré que la reproduction des humains est aussi un instrument de reproduction de l'ordre social. Elle entre dans la représentation symbolique de cet ordre social au point qu'on a pu dire qu'un système de parenté n'existe que dans la conscience des humains et n'est qu'un système arbitraire de représentations.

Dire quelle est la place de chacun, dans quel réseau familial est inséré l'enfant n'a donc pas qu'une portée individuelle. Une telle démarche a aussi une portée générale et est affaire de convention sociale. L'autonomie des volontés ne peut être absolue.

II - LE REFUS D'UNE PRIVATISATION DE LA FILIATION

Qu'il s'agisse de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire, de créer frauduleusement des rapports de droit entre les membres d'un couple juridiquement étranger l'un à l'autre ou encore d'établir un lien de filiation contraire à des principes d'ordre public, le juge a cherché par de multiples arrêts à éviter une privatisation absolue de lien de filiation.

Face à l'inquiétante érosion des règles, à l'imprécision des textes de droit positif, on peut dire en effet que le juge, au prix d'une extension de son rôle, s'est efforcé d'en rechercher l'esprit, dans deux directions. D'abord, en établissant des bornes à la toute puissance des subjectivité individuelles, ensuite en rejetant l'idée d'une instrumentalisation du corps humain.

Sans connaître les questions relatives à la fin de vie qu'il sera tôt ou tard à examiner, sans aller jusqu'à s'intéresser - sauf exception à des hypothèses aussi inquiétantes que les actions américaines visant à obtenir des dommages et intérêts à la suite de malformations d'un nouveau né, le juge français a cherché à sanctionner les déviances de l'autonomie des volontés en rappelant dans plusieurs arrêts un certain nombre de principes directeurs. Que le détournement de l'institution n'affecte que l'ordre privé familial ou qu'il mette en jeu l'ordre public, le juge a ainsi fait oeuvre prétorienne en articulant le débat juridique avec la discussion éthique.

A - LA RECHERCHE PAR LE JUGE DE PRINCIPES DIRECTEURS

On le sait, le paradoxe du juridique et de toutes les institutions le représentant, c'est que le droit est souvent conçu comme le monde des décisions justifiées, comme l'univers des décisions objectives. Or, cette vision ne correspond qu'à une partie de la réalité. Contrairement à l'idée que l'on en a couramment, les choix faits dans le domaine de la vie privée, en matière de filiation par exemple ne sont pas toujours le fait d'une stratégie parfaitement rationnelle et déterminée à l'avance.

Au contraire, dans le domaine des relations familiales, l'individu est souvent seul, face à ses choix personnels qui ne sont pas toujours de l'ordre du "donné" mais beaucoup plus souvent de l'ordre du "construit". C'est ce qui explique que le juge qui doit se pencher sur ces questions relatives à la bioéthique, par conséquent sur les règles normatives qui régissent le droit des personnes, le droit de la famille et de la filiation, doit le faire dans un contexte totalement renouvelé.

Mais faire le constat de l'indétermination de nos sociétés démocratiques ne signifie pas pour autant que l'individu doit vivre désormais en s'isolant du monde extérieur, dans une niche, au milieu des incertitudes de ce monde. Reconnaître que nous ne sommes plus dans une société globalisante et qu'il n'y a plus de valeurs partagées par tous ne veut pas dire perte des limites.

On peut citer trois exemples -particulièrement évidents- de la volonté du juge de ne pas laisser le droit de la filiation, selon l'expression de Jacques Donzelot "à la remarque du désir des gens" (5).

(5) J. Donzelot, La demande de droit, Informations sociales.

Le premier est tiré de deux décisions récentes rendues au sujet du désaveu de l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur. En l'état actuel des textes du droit français, il ne fait aucun doute que le mari qui a donné son accord à l'insémination artificielle avec donneur de son épouse puisse revenir sur son consentement en désavouant l'enfant. Dès lors qu'il est établi que le mari ne peut être le père, le Tribunal ne peut que faire droit à demande et admettre le désaveu, conformément à l'article 312 du Code civil. Pourtant, à l'encontre de la lettre des textes du Code civil, le Tribunal de grande instance de Bobigny et à sa suite, la Cour d'appel de Paris ont décidé que celui qui a consenti à l'insémination artificielle de son épouse, ne pouvait plus, du seul fait que l'enfant est né par I.A.D., désavouer celui-ci.

De telles décisions sont remarquables en ce qu'elles considèrent que l'I.A.D. crée en quelque sorte une paternité intentionnelle que l'on ne peut révoquer librement, au gré de ses désirs et que par conséquent, il serait nécessaire d'adapter les textes du Code civil relatifs au désaveu. Par la même, de telles décisions vont bien au delà des textes et, comme l'a noté M. Hauser, en arrivent au stade de "l'anticipation jurisprudentielle". Il faut d'ailleurs noter qu'un certain nombre de décisions n'ont pas osé être aussi audacieuses en se contentant parfois d'imposer l'obligation de réparer le préjudice causé à l'enfant en cas de désaveu.

Mais le juge, dans certains cas d'espèce, dépasse son rôle traditionnel d'interprète de la loi, il entreprend d'aller au delà de la loi. "Compte tenu de l'évolution des moeurs et des techniques de procréation assistée, décide la Cour, la parenté, sous ses formes nouvelles, légalement admises, ne se définit plus exclusivement par le lien biologique, mais par d'autres aspects, essentiellement psychologiques et sociologiques". "La volonté commune des époux, renchérit la Cour, crée une paternité de substitution, acceptée en raison de son indétermination biologique, comme le fruit de l'engagement des époux de concevoir, par ce moyen, un enfant qu'ils s'engagent ensemble à accueillir et à traiter comme leur enfant légitime".

En provoquant quelque peu le législateur, la jurisprudence en vient à considérer que "le statut d'un enfant ne saurait donc faire l'objet d'une tractation" et qu'"il ne peut résulter que d'un engagement unilatéral sur lequel la volonté destructrice ne devrait pas avoir de prise" (6). Cette tendance à favoriser une certaine corresponsabilité parentale se constate également dans une décision récente de la Cour de cassation qui a tenté de sauvegarder au moins partiellement, l'engagement de paternité. Elle a en effet décidé que l'homme qui avait donné son accord à l'I.A.D. et reconnu l'enfant "avait contracté.... l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux "besoins" de celui-ci". On voit que dans de telles décisions, le juge va donc au delà de la loi en se comportant en pseudo-législateur et en allant jusqu'à redéfinir la notion de paternité.

Mais une autre question que les juges ont dû examiner a été celle de savoir si la volonté humaine avait dans son pouvoir de créer n'importe quelle structure parentale : peut-elle manipuler à son gré toutes les structures de la parenté ? Peut-on par exemple penser notre système de filiation en dehors de l'alliance du père et de la mère ? Il y a là, on le voit, des questions qui touchent aux fondements de notre société.

Sans nier totalement le rôle de la volonté en ce domaine, la jurisprudence a répondu par la négation à cette question. L'arrêt le plus révélateur de la tendance de la jurisprudence à renforcer le lien social est celui du 31 mai 1991 à propos des mères porteuses. Cet arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que le processus de la maternité de substitution constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

(6) J. Carbonnier, Colloque Génétique, procréation et Droit, 1984, Actes, p. 82.

En d'autres termes, même si les textes en vigueur ne contiennent aucune définition de l'adoption, celle-ci ne peut avoir pour seul but que l'intérêt de l'enfant né et abandonné.

La jurisprudence redonne ainsi un sens, une finalité précise à l'institution. Une chose est de vouloir lutter contre la stérilité, autre chose est de chercher à organiser un véritable détournement des règles applicables à la filiation.

La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes : tel est le principe fermement rappelé par la Cour de cassation dès 1989. L'accord entre la mère de substitution et le couple est donc radicalement nul.

Cet arrêt se situe dans la ligne de la jurisprudence administrative qui a annulé à plusieurs reprises de telles associations qui ont pour but d'encourager la venue au monde d'enfants dont la filiation ne correspond pas à leur filiation réelle, au moyen d'une renonciation et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère.

Cette jurisprudence est également conforme à celle de la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation qui, le 13 décembre 1989, avait déjà condamné par une motivation particulièrement nette ce type d'arrangements : "attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond, que l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent elles verbales, portent à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs, des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu".

Une troisième question fondamentale montrant que la jurisprudence a cherché à établir des principes fondateurs de notre société a été de savoir s'il existe un droit à l'enfant, au même titre que le droit au travail ou à la liberté d'expression. Sur ce point, la jurisprudence a également choisi d'établir des restrictions au pouvoir de la volonté en considérant que l'on ne pouvait faire naître un enfant sans père et fonder par préméditation, une famille unilinéaire, c'est à dire amputée de la branche paternelle.

Saisi d'une demande d'insémination post-mortem par la veuve d'une personne décédée du SIDA, le Tribunal de Toulouse, dans une décision du 26 mars 1991, pour refuser la demande, s'est d'abord appuyé sur le contrat passé entre le C.E.C.O.S. et le mari, lequel prévoyait que ce dernier devait être présent et consentant lors de l'insémination.

Mais l'argument contractuel n'est pas le seul. Le Tribunal a surtout construit sa motivation sur le droit des personnes et en particulier sur la notion d'intérêt de l'enfant.

Ainsi, le Tribunal a jugé important de rappeler que "l'existence du sujet et de la personnalité trouve son fondement dans quelques principes intangibles tels que : la reconnaissance et l'acceptation de l'autre dans l'acte de reproduction, l'altérité de la vie sexuelle, le lien généalogique paternel et maternel, la temporalité de la vie. La procréation implique et impose de telles règles dont le rappel doit faire comprendre que tout n'est pas possible et que tout n'est pas permis".

En d'autres termes, contrairement à une décision antérieure datant de 1984, les juges considèrent qu'une telle convention ne peut subsister au delà de la mort parce qu'elle est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

En énonçant les attendus essentiels de cette décision, on pourrait parler d'un réancrage anthropologique de la jurisprudence, d'une redécouverte des repères symboliques qui fondent toute société.

Ce qu'il parait important de souligner, c'est que la jurisprudence réaffirme que le matériel génétique en tant qu'expression génétique de l'individu lui permettant de donner la vie ne peut par conséquent être considéré comme purement détachable de la personne. Il est la personne. C'est-à-dire qu'en ce domaine, comme le rappellent les juridictions, il est nécessaire de poser des limites et que "le désir légitime de faire naître un enfant, n'est pas un droit imprescriptible de l'être humain qui justifierait l'acharnement procréatif et l'indifférence à l'égard de l'enfant à naître".

Le recours au concept de personne dans de telles décisions n'est pas fortuit : il montre la nécessité de dépasser la notion traditionnelle d'individu et ses intérêts pour permettre la prise en compte explicite du "mystère" de l'être, de sa part de sacré, fondatrice de son indéfinition foncière (7). Car la personne, en effet, est "le lien du non inventoriable", du non marchandable, de l'indécidable.

Dans ces domaines qui touchent aux fondements de notre ordre social et culturel, cela suppose pour le juge de renouer avec le continent éthique. Comme l'a montré Jacques Lenoble, "la justice n'est pas simple calcul utilitariste du bien être social. Elle est l'affaire d'un débat argumenté toujours à reprendre sur des valeurs" (8). Il est donc nécessaire d'articuler l'éthique avec le juridique.

B - L'ARTICULATION DE L'ÉTHIQUE ET DU JURIDIQUE

C'est à ce stade du raisonnement que l'on prévoit que parce qu'il y a interrogation sur une décision à prendre, un questionnement sur l'orientation à donner à l'action humaine, pour lui donner un sens, le juge ne peut répondre à cette demande de droit par les seuls outils de la technique juridique.

Il lui faut redécouvrir les références symboliques qui fondent toute société car la techno-science devenue instrument privilégié de puissance et de production a bousculé les frontières que l'on jugeait intangibles, transformé les valeurs qui permettaient d'établir une convivialité entre les hommes.

Parce que la notion d'altérité peut aussi se dissoudre par les prouesses de la science, le juge doit retrouver les repères éthiques qui "oeuvrent à la reconnaissance d'autrui".

Qu'il s'agisse de rappeler la tolérance au handicap lors de décisions cherchant à établir le préjudice subi par un enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic (9) ou de rappeler la notion de dignité de la personne humaine à propos de l'évaluation du dommage concernant des personnes en état végétatif chronique, la jurisprudence est, et sera de plus en plus confrontée à ces redoutables questions.

C'est là que la jurisprudence nous aide à redécouvrir actuellement une troisième dimension de l'éthique dans ce qu'elle a de plus fondamental. L'éthique ne se limite pas aux relations à soi et à l'autre. Elle est aussi directement concernée par le rapport au tiers innombrable, anonyme qui s'opère par la médiation des

(7) La survie juridique de la personne, Droits, 1991, n° 13, p. 19.
(8) J. Lenoble, La crise du juge, L.G.D.J., 1990, p. 4.
(9) Le Tribunal de grande instance de Montpellier, appelé à trancher un problème de responsabilité civile contre des médecins qui n'avaient pas su détecter un handicap a ainsi considéré que la naissance d'un enfant mongolien causait aux parents qui s'étaient trouvé dans l'impossibilité de recourir à une I.V.G. un préjudice matériel et moral indemnisable. T.G.I. Montpellier, 15 décembre 1989, J.C.P. 1990, II, 21556, note J.-P. Gridel.

institutions, qu'elles soient familiales, économiques, sociales, religieuses ou politiques.

Désormais entraînés par l'individualisme et le volontarisme de nos sociétés occidentales, chacun cherche à reconnaître dans ses droits subjectifs une disponibilité de plus en plus grande. Ainsi, certains considèrent que le corps humain est pleinement dans le commerce, les seules limites aux conventions provenant de la notion de cause illicite. Ainsi, certains voudraient placer le corps, traditionnellement sous l'emprise du droit des personnes à celle du droit des biens et de la propriété.

D'un régime traditionnel de protection, le corps passerait à un régime de disponibilité.

Or, dans des matières qui relevaient auparavant de l'ordre public, on ne s'étonnera pas de voir la jurisprudence récente chercher à réintroduire la notion de sujet de droit en refusant le démantèlement de celui-ci.

Après l'interdiction de disposer de la mère et de l'enfant par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991 à propos des mères porteuses, la même juridiction a tout récemment, le 11 décembre 1992, réaffirmé l'interdiction de disposer du corps sans nécessité curative, dans une décision récente relative au problème de transsexualisme.

C'est tout le mérite de la Cour de cassation d'avoir su rappeler que l'indétermination, l'auto-institution du sujet, la toute puissance de la volonté subjective nécessitaient des limites.

Par ces arrêts, la Cour de cassation nous rappelle que le droit n'est pas l'instrument du bonheur individuel mais un pacte social commun, un ordre symbolique - que nul ne peut rompre unilatéralement et à l'intérieur duquel tous les parcours individuels doivent s'inscrire.

La prolifération de droits de créance comme le droit à la parenté, le droit de sélectionner son enfant par le diagnostic prénatal, le droit au changement de sexe risque de nier la notion d'altérité qui est elle même fondatrice du droit.

Comme l'a parfaitement noté Xavier Dijon, "notre droit empêche le désir de passer à la procréation substitutive car il ne trouve pas en cet acte la nécessaire conjonction du corps et de la parole qui fait l'humanité du lien entre les humains ; il n'y trouve qu'un désir transgresseur des symboles où auraient dû s'unir à la fois l'intimité corporelle, la parole affective et le temps pour reconnaître l'altérité qui y prend naissance".

En définitive, la jurisprudence en remplaçant le législateur défaillant rappelle qu'au coeur du sujet de droit, il y a le sujet d'une lignée, en termes de descendance et qu'il ne saurait y avoir auto-fondation du sujet par voie contractuelle.

Face aux risques d'éclatement de ce sujet de droit par la volonté de maîtrise de la conception, de l'identité sexuelle, de la généalogie, la jurisprudence de la Cour suprême cherche à exercer sa fonction régulatrice en instaurant un statut juridique de l'être humain jusqu'aux deux bouts de la vie.

En rendant le corps et l'état des personnes indisponibles, la Cour entend montrer que si l'homme est libre, c'est "dans son corps et avec autrui". A un moment où la tentation est grande de s'auto-instituer en dissociant à l'extrême parenté génétique et parenté gestationnelle, la jurisprudence cherche ainsi à garantir la juste distance entre la personne comme valeur sociale suprême et le groupe social, signe du lien entre les hommes.

JURISPRUDENCE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

Par

Valentin PETEV
Munster (Allemagne)

I - LA JURISPRUDENCE ET L'ORDRE POLITICO-JURIDIQUE. THÈME ET PROBLÈMES

La jurisprudence peut être analysée sous différents aspects : par exemple, comme fonction du pouvoir étatique, comme activité d'interprétation et d'application du droit positif, par laquelle le droit trouve sa réalisation dans les rapports sociaux, ou comme décision juridictionnelle qui met fin à un conflit et contribue, de ce fait, à la stabilisation de la paix sociale. Plusieurs disciplines scientifiques y sont engagées : la théorie du droit public, la méthodologie et la sociologie du droit. L'intérêt de la philosophie du droit pour les problèmes de la jurisprudence est délimité par l'aspect axiologique propre à cette discipline. On y décèle les thèmes majeurs de la philosophie du droit : la nature socio-axiologique du droit, le problème pertinent de la justice générale et d'une justice particulière, la validité du droit ainsi que la fonction du droit dans une société conflictuelle.

La jurisprudence nous suggère l'idée que le droit constitue un ordre très particulier de conduite sociale, un ordre qui est assuré par des sanctions et des procédures formelles. Elle attire notre attention sur le fait que l'ordre juridique est conçu comme obligatoire pour tous les membres de la société, et cela indépendamment de son acceptence factuelle. De ce fait, elle nous indique l'importance du droit pour l'identité d'une société et pour son fonctionnement en distinguant le droit des règles morales et des règles coutumières qui -toujours vivantes et même vigoureuses- ne sont pas soumises à un régime de contrainte organisé. L'existence même des organes, procédures et règles juridictionnelles qui permettent de trancher des litiges en imposant des sanctions et en approuvant des droits subjectifs nous donne l'idée d'un ordre politico-juridique stable et fonctionnant bien. Elle démontre également que le pouvoir étatique est soumis à la loi, que la société ne se trouve pas sous une force arbitraire (1).

La jurisprudence contribue, sans doute, à la réalisation du droit, même il s'agit d'une réalisation forcée. Du point de vue sociologique, il est indispensable d'apprécier à quel point les sujets du droit suivent volontairement ses commande-

(1) H.-M. Pawlowski, Die Autorität des Richterspruches, in W. Hooppe/W. Krawietz (éd.), Rechtsprechungslehre, Cologne, Carl Heymanns, 1992, p. 427 et s.

ments. Mais il est moins important pour un ordre juridique de pouvoir assurer la réalisation de ses normes même par des moyens contraignants. Décisif à ce stade est l'observation de toutes les exigences de légalité déduisibles du système juridique en cause.

La jurisprudence manifeste, de manière paradigmatique, la complexité de toute décision juridique ; elle nous enseigne notamment que l'application du droit n'est pas une opération mentale de "simple" déduction, un passage non-problématique d'une norme générale à une norme individuelle. Elle fait surgir la "texture ouverte" de l'ordre juridique et démontre, de façon particulièrement claire, que création et application du droit sont inséparables, que la décision juridique englobe, en principe, les deux.

Ainsi l'on s'aperçoit que le "troisième" pouvoir n'est pas, de par sa nature, "séparé" des autres pouvoirs ; qu'il est plutôt nécessaire de concevoir le pouvoir étatique dans son ensemble. La thèse d'un dépassement de la "séparation" des pouvoirs paraît s'imposer également du point de vue de la justification du pouvoir étatique. Dans les conditions de la société pluraliste -quant aux structures éthico-politiques- le pouvoir de l'État de droit ne pourrait être justifié que de manière unifiante, appliqué à toutes ses activités.

Toute analyse de la jurisprudence doit être liée à la conception du droit adoptée dans une société donnée, parce qu'elle mène à la réalisation non pas du droit tout court, mais à celle d'un certain type de droit. Inversement, cela a des incidences sur la méthode d'interprétation : le droit ne doit être interprété par la jurisprudence qu'en observant sa nature et son contexte socio-axiologique. Cette exigence générale, valable pour tous les types de jurisprudence, est bien démontrée en cas de la jurisprudence constitutionnelle.

La jurisprudence constitutionnelle revêt un caractère spécifique et significatif : elle ne tranche pas simplement un litige en se référant à des normes applicables dont elle établirait elle-même le sens. Le juge constitutionnel analyse la conformité d'un acte juridique -dans la plupart des cas une norme générale- à la Constitution sur le fond des principes généraux d'un système juridique donné. Et c'est le cas aussi quand un droit subjectif a été atteint par la norme contrôlée.

La fonction principale de la jurisprudence constitutionnelle est de garantir l'unité tant systémique que conceptuelle d'un ordre juridique donné. La jurisprudence effectue cette unité en établissant -au sommet de la "pyramide" des actes juridiques- la conformité des lois ordinaires avec la constitution, une conformité qui est établie aux niveaux inférieurs par les autres types de juridictions (civile, criminelle, administrative).

La jurisprudence constitutionnelle nous enseigne, de manière paradigmatique, une méthode d'interprétation "substantielle" de la Constitution et des lois ordinaires (2), Cette méthode démontre la nécessité d'assurer dans l'interprétation une concordance des principes généraux, des standards et des règles du système juridique positif auquel le juge constitutionnel se réfère. De plus, elle met en évidence le fait que la réflexion du juge ne saurait se borner à des figures dogmatiques, qu'il est indispensable que le juge, pour justifier sa décision, se rapporte aux idées politico-éthiques et -à cette lumière- aux principes généraux du droit qui fondent un système juridique donné.

La réflexion philosophique sur l'intégration politique en Europe révèle deux phénomènes significatifs. Tout d'abord, le processus de formation du droit européen

(2) Sur la "substantive interpretation" propre tant à l'application qu'à l'élaboration de la Common Law cf. M. Golding, "Substantive Interpretation in Common Law", rapport au 15ème Congrès mondial de Philosophie du Droit, Göttingue 1991, p. 133 et s. ; v. aussi M.-J. Perry, Morality, Politics and Law, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 121 et s.

fait ressortir l'importance de la jurisprudence des Cours communautaires de Strasbourg et de Luxembourg.(3)) Les juges nationaux ont à décider sur les affaires en cause sous le régime de législations différentes, ce qui rend impossible toute démarche strictement positiviste. Ici, aucune transposition immédiate de la dogmatique nationale n'est possible ni recommandable. Par contre, la nécessité d'une analyse à la fois sociologique et axiologique, qui considère les différents objectifs à atteindre selon une éthique nationale et internationale tout à fait pluraliste, se fait jour. Les raisonnements du juge deviendront plus complexes, plus structurés afin de saisir la complexité systémique du processus des décisions politiques et juridiques dans la communauté (4).

En outre, ce processus nous conduit à admettre que dorénavant la production de normes juridiques dans une Europe politiquement unifiée ne sera pas réservée aux organes étatiques. Diverses organisations dans la future société politique -professionnelles, culturelles, économiques et politiques, celles-ci d'une nouvelle qualité qui les distinguera des partis politiques actuels- participeront à l'élaboration d'un ordre sociétal normatif, un ordre qui ne s'identifie pas à l'ancien ordre juridique étatique. Et la jurisprudence y assumera une compétence nouvelle et spécifique : elle contribuera à la solution des conflits sociaux non toujours comme une force contraignante mais, dans une mésure considérable, comme médiateur entre les intérêts divergeants en vue d'objectifs et de tendences communs.

On pourrait y voir un rapprochement avec la fonction de "discretion" dans la Common law qui permet au juge de considérer toutes les circonstances en cause -tant économiques que politiques et éthiques- et de créer sans hésitation et sans forcer les figures d'une dogmatique rigide, des règles et solutions nouvelles appropriées au dynamisme d'une société ouverte.

Dans cet ordre d'idées, une dernière remarque sociologique me paraît importante. La société de structure complexe ne dispose pas de nos jours d'autre mécanisme pour résoudre des conflits sociaux, comme c'était le cas dans des sociétés homogènes. Ici, les conflits se bornaient aux parties en cause (par exemple dans le cadre de la tribu) et n'avaient pas d'incidences sur la société toute entière. On n'éprouvait pas le besoin d'imposer une décision contraignante aux litigeants et se servait, en revanche, de l'arbitrage, de la réconciliation et d'autres moyens de préservation de l'équilibre social (5).

II - JURISPRUDENCE ET JUSTICE SOCIALE

La thèse, selon laquelle la justice sociale se voit réalisée par la jurisprudence dans un ordre juridique bien organisé, a été soutenue pour différentes raisons : On prétendait, selon une conception naturaliste du Droit, que c'est le juge, qui de par sa fonction fondamentale réalise la justice en disant, à l'indicatif, quel est le droit des parties en cause dans le cas d'espèce. Ici une justice naturelle provenant d'un ordre harmonieux du monde et un droit qui la reflète sont en jeu (6). Le juge est, dans cette perspective, la personne qui met en oeuvre le droit, de façon exemplaire, sans que la portée sociale et juridique du litige concret soit exagérée.

D'après une autre conception, la justice sociale qui est relative (discursive) nous conduit à admettre que le juge est engagé non pas dans un processus de "simple" cognition d'une réalité sociale et juridique prédéterminée mais qu'il s'agit

(3) A.-J. Arnaud, Pour une pensée juridique européenne, Paris, PUF, 1991, p. 280.
(4) Arnaud, op. cit., p. 241 et s.
(5) U Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Francfort s.M., Suhrkamp, 1985, p. 255 et s.
(6) M Villey, Philosophie du droit, t. 1, 4ème éd., Paris 1986, p. 62 et s.

d'un discours tout à fait institutionnalisé dans lequel les dimensions éthiques et politiques du droit positif et les contours d'une justice toujours à retrouver se voient en contestation (7). La jurisprudence y exerce une fonction justificative qui révèle la nature socio-axiologique du droit. Elle fait apparaître les chances qui se présentent au droit de la société ouverte et pluraliste de renforcer ses fondements éthiques.

L'idée générale d'une jurisprudence qui met en oeuvre la justice sociale serait à préciser, étant donné les difficultés pratiques que présente son application dans le cas concret. On a souvent observé que la justice dite légale reste toujours imparfaite à cause de l'imperfection des lois humaines. Ainsi différentes théories ont proposé, dans les traditions platoniciennes et stoïciennes, une solution à cet état des choses en introduisant le concept de l'équité qui devra dorénavant suppléer le rigorisme de la loi, combler ses lacunes et garder l'équilibre et la cohérence de l'ordre juridique (8).

Cependant, deux tendances opposées se manifestent dans la réflexion philosophique : une tendance objectiviste qui prétend que l'équité est inscrite dans l'ordre naturel des choses et que le juge peut et doit la discerner de manière exacte ; et une tendance subjectiviste qui considère l'équité comme dépourvue de toute factualité extérieure, mais comme exigence de la seule conscience individuelle.

Le positivisme juridique a nié la nécessité d'un correctif de la loi tel que l'équité prétend en supposant la plénitude du système juridique. D'autre part, dans la doctrine chrétienne, l'équité parait indispensable : elle prend le sens de "l'amour pacificateur et de l'élan charitable, par l'union des facultés rationnelles et sensibles" de l'être humain (9). Selon les vues d'un réalisme juridique moderne, l'équité ne saurait se présenter comme une catégorie philosophique substantielle qui se différencie de l'acception de la justice sociale dans un ordre juridique. En tranchant le litige, le juge n'a ni la compétence ni la faculté de s'éloigner de la conception de la justice sociale retenue à une certaine époque, voire de la remplacer par ses propres vues et par la sensibilité d'un juste. Tout au contraire, en interprétant la norme applicable, le juge est tenu de se laisser guider par cette conception et d'observer les valeurs qui y sont comprises. Ce devoir pertinent se manifeste, de manière rigoureuse, dans la situation où le juge crée une norme juridique nouvelle pour combler une lacune de la loi. En prenant une telle décision sans se reporter directement à une norme générale déjà formulée dans la loi (où dans une décision judiciaire), le juge est tout à fait conscient de son rôle créateur : ne se comportant pas en libre arbitre, il est soucieux de donner au litige une solution qui soit en conformité avec la jurisprudence en la matière, qui corresponde aux principes généraux concernés et s'intègre dans le système juridique auquel la décision appartiendra. Ainsi il me paraît évident que, dans de telles circonstances, le juge est tenu non pas de "corriger" la justice légale, mais de décider sur le cas concret tout en observant les exigences directes et les implications d'un concept de justice qui est -politiquement- adopté dans un système juridique donné.

III - JURISPRUDENCE ET RATIONALITÉ SYSTÉMIQUE DU DROIT

L'attente que le juge donne une décision correcte et acceptable des questions que pose le litige juridique est, sous l'aspect envisagé, l'expression d'une rationalité qui domine un système juridique donné. Le juge de nos jours, n'étant ni simple arbitre ni détenteur d'un pouvoir discrétionnaire, est obligé, dans les systèmes juridiques développés, non seulement de trancher le litige mais aussi de justifier sa déci-

(7) V Petev, "Gerechtigkeit durch Recht", in ARSP, Beiheft 24 (1985); Id. "Une conception socio-axiologique du droit", in Droits 10 (1989).
(8) J.-M. Trigeaud, "Ontologie de l'équité", Revue de droit de McGill 1989, n. 3, p. 414 et s.
(9) Sur les implications de l'esprit du judéo-christianisme dans cette conception v. Trigeaud, op. cit., p. 432.

sion. Cela signifie que le dire-droit se déploie dans une ambiance de raisonnement et d'argumentation rationnelle qui traduit la rationalité supposée du droit en décisions individuelles, elles-mêmes justifiées et acceptables.

L'image du juge rationnel ne doit pas être confondue avec le mythe d'un juge omniscient ("Hercule"). Le juge transmet, dans un État de droit, la culture juridique acquise dans la vie quotidienne de la société. Il engage un discours pratique qui porte sur la réalité sociale qualifiée, sur le raisonnable et le juste particuliers.

La rationalité du juge ne s'identifie pas avec la recherche d'une raison normative absolue, de la "one right answer" ou d'une vérité propositionnelle sur des faits juridiques. Elle a trait à une qualification juridique de la réalité sociale et à la stratégie du discours juridique (10).

L'interprétation du droit ne saurait être réduite à l'interprétation d'un texte écrit (littéraire ou autre) ; Ronald Dworkin a attiré l'attention sur le fait que les juges interprètent une longue pratique (du droit et autre) en partant de différentes prémisses théoriques tant qu'axiologiques, et que ce processus d'interprétation est créateur du droit. Dworkin soutient aussi que le juge doit interpréter le droit et sa pratique dans le meilleur sens possible à partir de la totalité des sources du droit, d'une structure cohérente de la doctrine juridique et sous le jour d'une "political morality" (11).

Pourtant, une telle exigence me parait problématique : le juge, en interprétant la loi, n'a pas à accomplir une oeuvre d'art ; il n'est pas tenu d'opérer une création juridique optimale ; il est plutôt obligé de donner une décision correcte et acceptable au cas concret en interprétant le droit dans son contexte socio-axiologique conformément aux vues politico-éthiques répandues dans la société (12).

L'interprétation porte sur le texte d'une norme juridique comme sur la réalité sociale correspondant à la norme. Expliciter le sens d'une norme juridique afin de l'appliquer, signifie identifier et qualifier une partie de la réalité sociale institutionnalisée où le droit manifeste sa fonction régulatrice et se présente sous sa forme réelle -les rapports socio-juridiques concrets.

Il s'ensuit que le raisonnement du juge ne s'épuise pas dans une argumentation logique formelle. Même les adhérants d'une rationalité discursive stricte y consentent (13). La structure de ce raisonnement est plus complexe et correspond à la complexité du phénomène juridique ; on peut y discuter des éléments d'ordres différents - logique (formelle, déontique, d'action) tant qu'axiologique (justice, utilité etc.). Ce que la justice peut finalement atteindre n'est qu'une décision qui se présente comme plausible et acceptable ; plausible dans le sens d'une argumentation pratique ouverte ; acceptable aux yeux des parties en cause, d'un "auditoire" spécialisé et du grand public (14).

---

(10) J.-M. Broekman, Virtues of the Judge, Bobmun Publishing Comp., 1990, p. 453.
(11) R. Dworkin, Law's Empire, Cambridge, Harvard University Press, 1986, ch. 2 ; p. 88 et s. ; 217, 228 et s., 410 et s., passim ; Id., Legal Theory and The Problem of Sens, in R. Gavison (éd.), Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 13 et s.
(12) Pour une critique détaillée des vues de Dworkin v. N E. Simmonds, Central Issues in Jurisprudence, London, Sweet & Maxwell, 1986, p. 109 et s. ; R. Cotterrell, The Politics of Jurisprudence, London, Butterworths, 1989, p. 178 et s.
(13) R. Alexy / A. Peczenik, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", in Ratio Juris 3 (1990), p. 143 et s.
(14) O. Weinberger, Norm und Institution, Vienne, Manz 1988, p. 205 et s. ; A Aarnio, The Rational as Reasonable, Dordrecht, D. Reidel 1987, p. 185 et s.14.

L'UTILISATION DE L'OUTIL SOCIOLOGIQUE DANS L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

Par

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur à l'Université d'Angers (France)

L'idée même d'une utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence doit être justifiée. Il y a en effet quelque paradoxe à utiliser l'expression "outil sociologique" comme matériau d'un phénomène social quel qu'il soit. Le terme "outil" évoque la technique alors que la sociologie est une méthode de connaissance, ce qui évoque la science. La science n'est pas un outil car elle n'est pas un moyen au service d'autre chose qu'elle-même : la connaissance n'a pour fin que la connaissance, d'une façon essentiellement tautologique. Sa vassalisation à un autre objectif qu'elle-même la dégrade et la dénature.

A première vue, la sociologie s'apparente à la science et non à la technique en ce qu'elle est un instrument de mesure et de connaissance de la réalité sociale, grâce à l'élaboration d'archétypes théoriques dans la confrontation desquels le réel concret prend un sens. La sociologie nécessite certes une méthode d'appréhension de l'objet social qu'elle a constitué théoriquement mais elle n'a normalement pas de fin extérieure à elle-même. Elle ne pourrait donc pas être à proprement parler un outil.

L'on peut certes développer une conception sociologique de la jurisprudence par une représentation théorique que l'on vérifie par examens et expériences répétées. Cette théorisation peut aller dans le sens d'une jurisprudence comme mode de reproduction des règles favorables à la classe sociale s'incarnant dans le corps des magistrats, ou comme occupation de parts du marché du droit dans une conception économiste des choses (1), ou encore comme puissance d'exécution spontanée de choix politiques (2), ou encore comme corps massif de jugements indistincts par lesquels les juges se situent les uns par rapport aux autres, au-delà d'une conception trop

(1) Y. Dezalay, *Marchands de droit*, Fayard, 1992.
(2) A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, coll. "Droit et société", L.G.D.J., 1993.

simple de la hiérarchie (3). L'on conçoit plus difficilement que la sociologie puisse être un matériau de construction du réel jurisprudentiel, son propre objet d'étude.

Mais on sait d'une façon générale que les méthodes d'analyse contribuent à constituer l'objet observé. Plus encore, les méthodes d'observation du réel social peuvent devenir matériau du social si les connaissances auxquelles elles aboutissent sont maîtrisées par les acteurs sociaux eux-mêmes. La connaissance du réel devient alors un moyen de domination et de manipulation du réel. La sociologie juridique devient ainsi technique pratique d'efficacité de l'action sociale. C'est à ce titre que la sociologie juridique connaît un développement aux États-Unis en tant qu'elle participe à l'art législatif et jurisprudentiel tandis que le vieux continent, moins utilitariste, en a une conception plus pure et, de fait, une pratique moins active.

Le thème est classique en ce qui concerne le phénomène législatif. En effet, le législateur désireux de concevoir une loi satisfaisant les attentes sociales (conception sociologique d'une bonne loi, quant à son contenu) et désireux d'avoir une loi efficace et appliquée (conception sociologique d'une bonne loi, quant à son autorité) fait procéder à des enquêtes sociologiques "pré-réforme", puis s'astreint à un suivi par les enquêtes "post-réforme", dans une démarche quasi médicale. L'idée de loi expérimentale accroît la pertinence de ces perspectives et intègre le maniement de l'outil sociologique dans la création législative (4).

Mais la sociologie est aussi en train de devenir un outil de travail dans la jurisprudence, qui se développe, en prenant notamment en considération, implicitement ou expressément, la théorie sociologique de la réception. Cela ne manque ni d'ingéniosité ni d'à propos, mais cela n'est pas non plus sans effet pervers et danger potentiel.

I - L'UTILISATION APPROPRIÉE DE LA THÉORIE SOCIOLOGIQUE DE LA RÉCEPTION DANS L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

Il est de bonne politique de se soucier de la façon dont la décision est reçue par ses destinataires. Cette préoccupation légitime donne une nouvelle dimension à l'exigence de motivation.

A - LA JUSTESSE D'UNE DÉCISION MESURÉE À SON ACCEPTABILITÉ SOCIALE

1 - L'autorité des décisions de justice

Le législateur exprime par représentation la volonté générale. La légitimité de la loi est donc donnée *a priori*. La jurisprudence ne peut se prévaloir de cette source politique première. La jurisprudence ne peut avoir qu'une autorité médiate au regard de l'autorité immédiate de la loi. Par contre-coup, la jurisprudence souffre d'une certaine faiblesse et doit, en quelque sorte, faire ses preuves. Certes, l'autorité de la chose jugée interdit au justiciable de saisir de nouveau un premier juge pour réouvrir l'abcès du litige. Se construit ainsi procéduralement, et au fur et à mesure que l'exercice ou l'abandon des voies de recours épuise le litige, une incontestabilité de la jurisprudence. Superbe jurisprudence qui peut se parer d'une "vérité légale".

(3) M.-A. Frison-Roche et S. Bories, *La jurisprudence massive*, D. 1993, Chron., p. 287 s.
(4) Sous la direction de Ch.-E. Morand, *Évaluation législative et lois expérimentales*, P.U.A.M., 1993.

2 - L'insuffisance de l'autorité procédurale

Mais cette assurance n'est pas un gage intangible d'apaisement du litige, ce vers quoi tend classiquement l'office du juge. La partie condamnée rechignera à exécuter le jugement, luxe que l'absence de procédures vraiment efficaces pour cela est susceptible de lui offrir (5). A supposer que la contrainte puisse être mise en jeu, cette mise en œuvre représente un nouveau coût social. En toute hypothèse, si la partie condamnée n'est pas convaincue de la justesse de la décision, le risque se précise d'une résurgence de la dispute en dehors de l'enceinte judiciaire : le remède est alors pire que le mal, puisque le contrôle de l'institution ne pourra plus jouer si la dispute est identique, ou aura de plus en plus de mal à jouer si la dispute est déplacée. La récidive pénale, résurgence de la dispute qui oppose le délinquant à la société, et l'incertitude pour l'institution de choisir une solution appropriée qui ne soit pas une aggravation croissante d'une sanction que le condamné se refuse à intérioriser, en sont une illustration.

Il faut alors prendre en considération la théorie de la réception, qui mesure la justesse de la décision au bon accueil qu'en font ses destinataires, seule conception qui satisfait la définition classique de l'office du juge comme celui de mettre fin au litige, en épuisant non seulement le différent juridique mais encore la dispute sociale, pour ramener la véritable concorde sans se limiter à instaurer une paix formelle, factice (6).

B - LA RÉCEPTION DE LA JURISPRUDENCE PAR SES DESTINATAIRES

1 - La recherche de l'adhésion des destinataires

La jurisprudence, dans son action de paix sociale, doit être reçue. Pour cela, elle doit convaincre par le bien-fondé des décisions de justice. On quitte alors une conception procédurale de l'autorité pour adopter une conception substantielle de l'autorité : c'est par la justesse de son contenu que la décision, démunie de légitimité *a priori*, serait bonne. Ce n'est donc plus tant aux parties de convaincre le juge du bien-fondé de leur prétention pour obtenir satisfaction mais au juge de convaincre son auditoire de la rationalité et de l'opportunité de son jugement.

Cet auditoire qui va, au sens plein du terme, éprouver le jugement est constitué par cercles concentriques. Il s'agit en effet des parties à l'instance, mais aussi des personnes présentes dans la salle d'audience, mais encore des groupes sociaux sensibles à la question abordée par le juge et enfin le corps social en son entier. Ainsi, Chaïm Perelman, cherchant le critère du raisonnable à propos du jugement, finit par se référer à un auditoire universel dont l'adhésion théorique au jugement permet d'affirmer son caractère juste (7). On notera que Michel Villey reprochait alors à cet auteur son sociologisme.

2 - La nécessité d'une justification, traduite dans la motivation

Mais comment obtenir l'adhésion de la partie condamnée à un tel jugement, adhésion dont dépend l'autorité de la jurisprudence ? Il y a alors nécessité d'une justi-

(5) Travaux Association H. Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, Économica, 1987.
(6) J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique*, Thèse Paris II, 1977. P. Drai, *Discours à l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 6 janvier 1992, Documentation Française, p. 11 s., spéc. p. 18.
(7) *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Dalloz, 1979.

fication, au sens sociologique du terme (8). La justification prend comme point d'appui un mécanisme d'économie dans des échelles de valeurs hiérarchisées. Il suffit que les parties en cause se placent elles-mêmes dans une telle "économie de la grandeur" (9) pour que la soumission intervienne et que la dispute prenne fin.

Mais cela supposerait au départ une unité de valeurs partagées entre le juge et les justiciables. Il faut ainsi que le délinquant accorde la même valeur à la propriété que celle que lui accordent le législateur et le juge pour qu'il adhère à sa condamnation pour vol. Or les disputes, surtout lorsqu'elles prennent un tour pénal, tiennent souvent à une divergence profonde des valeurs auxquelles adhèrent les parties prenantes. Dès l'instant qu'intervient une jurisprudence qui a l'autorité procédurale de son côté, celle-ci risquerait de l'utiliser pour affirmer des valeurs non partagées.

La jurisprudence deviendrait alors une machine d'exclusion des justiciables non conformes. S'apparentant ainsi à ce que la terminologie marxiste désigne comme une superstructure, elle agirait comme redondance de l'exclusion sociale. Elle se limiterait à être la courroie de transmission du pouvoir politique dans "le culte des valeurs moyennes" (10).

Mais il existe une troisième voie : le jugement peut opérer le dépassement de l'opposition de valeurs entre les justiciables, entre ces derniers et le droit, grâce à sa puissance pédagogique. C'est pour instruire que le juge doit s'expliquer. Ainsi l'arrêt de principe, dans lequel s'incarne la jurisprudence normative, doit se définir avant tout comme une leçon. C'est sa clarté, sa rationalité pratique, son opportunité, qui en font la mesure, bien plus qu'une conformité formelle aux textes. Son efficacité est alors égale à celle d'un arrêt de règlement (11). C'est pourquoi la doctrine peut contribuer à constituer un arrêt de principe, en ce qu'elle développe cette rationalité dans laquelle réside sa portée (12).

La justesse des décisions de justice, l'autorité de la jurisprudence tiennent alors dans sa capacité à motiver les décisions, afin de convaincre rationnellement leurs destinataires, pour les amener à partager les valeurs incarnées par le droit objectif. C'est pour cela que le langage judiciaire doit se simplifier et se rapprocher de la langue commune (13). Les systèmes romanistes ne sont pas en la matière aussi avancés que les systèmes anglo-saxons (14), sans doute parce que l'exigence de motivation est encore perçue à travers l'impératif hiérarchique, autre système d'autorité formelle, moyen de contrôle du juge inférieur par le juge supérieur. Mais loin d'être liée à une contrainte appuyée sur une défiance à l'égard du juge inférieur, la motivation doit être analysée aujourd'hui comme un discours de rationalité pratique adressé, et aux parties et aux autres juges (15), postulant la bonne foi rationnelle des destinataires. C'est cet optimisme qui anime, par exemple, l'école de *La défense sociale nouvelle* (16). Dans ces conditions, la méthode de l'avis dissident, loin de diminuer l'autorité d'une décision, l'accroît en ce qu'elle reproduit la discussion contradictoire, armature logique et rationnelle du procès.

Cette nouvelle conception des choses implique un renouvellement de la place du juge.

---

(8) L. Boltanski et L. Thevenot, *De la justification*, Gallimard, 1991.
(9) L. Thevenot, *Les économies de la grandeur*, PUF, 1988.
(10) A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, préc..
(11) F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.
(12) Ch. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, J.C.P. 1984, I, 3145.
(13) F.-M. Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978.
(14) A. Touffait et A. Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD civ., 1974.
(15) M.-A. Frison-Roche et Serge Bories, préc.
(16) M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2ème éd., Cujas, 1981.

II - LA CONCEPTION SOCIOLOGIQUE DE LA PLACE DU JUGE

Pour que la jurisprudence soit efficace, il faut donc qu'elle soit rationnellement convaincante. Pour cela, il faut que le juge se rapproche du justiciable et entre de plein-pied dans la cité. Pour cela, il faut que le juge acquière et exerce des compétences extra-juridiques.

A - LA CONSÉCRATION D'UN JUGE DANS LA CITÉ

1 - La pertinence d'un juge impliqué dans la vie de la cité

Dans une conception dogmatique de l'office du juge, telle qu'elle fut largement introduite par le Nouveau Code de procédure civile, la jurisprudence a pour fonction de réaliser le droit objectif (17). Orientée davantage vers la loi que vers les justiciables, la justice gagne alors à être rare et chère. Elle accroît en cela son prestige. Mais si la jurisprudence, dans une conception sociologique, prend quelque distance avec le droit objectif, pour mieux jouer sa fonction sociale, alors le juge doit avant tout comprendre les situations qu'il tranche et les personnes à qui il adresse des ordres.

Pour cela, il doit sortir de ce que Maurice Aydalot, dans un discours célèbre, appela le "néolithique" et, renonçant à son superbe isolement et à sa splendide neutralité, le juge doit revenir dans une cité qui a le pouvoir d'inertie de lui résister si elle ne comprend pas ou refuse de recevoir ses décisions.

2 - La nécessité d'une justice de proximité

Le juge doit alors être partie prenante de la vie de la cité, comme le justiciable est partie prenante du procès. L'institution judiciaire, au sein de laquelle se développe la jurisprudence, hors de laquelle il ne convient pas que les disputes prospèrent (18), doit en prendre acte.

Pour cela, l'institution doit perdre de sa solennité, être accessible, cesser d'être impressionnante par tout son appareil (19), pour devenir quasiment conviviale. La carte judiciaire doit être modifiée dans cette perspective et une justice de proximité mise en œuvre. Une commission *ad hoc*, menée par J. Arthuis et H. Haenel, y réfléchit concrètement. La conscience de l'enjeu social de la jurisprudence a des effets non seulement sur le cadre institutionnel dans laquelle elle s'anime mais encore sur la formation des juges qui la font.

B - LE RENOUVELLEMENT ADÉQUAT DES FORMATIONS

1 - La spécialisation du juge

Dans cette conception des choses, l'office du juge s'alourdit considérablement, puisqu'il doit, non seulement faire application de la règle de droit adéquate, mais encore comprendre les situations et les personnes, puis se faire comprendre et convaincre une partie qu'il ne peut en réalité astreindre par la force. Il faut alors qu'il

(17) H. Motulsky, *Principes de réalisation méthodique du droit privé. Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 1991.
(18) S. Guinchard, *Le procès et les moralistes : et la justice ?*, Conférence de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit, Paris II, 28 avril 1993.
(19) A. Garapon, *L'âne portant reliques, essai sur le rituel judiciaire*, 1985, Le Centurion.

se spécialise en raison de l'hétérogénéité des situations que la jurisprudence se doit de percevoir désormais avec finesse et pertinence. De fait, on observe que les magistrats tendent aujourd'hui à se spécialiser, qui dans la matière pénale, qui dans la matière économique, qui dans la matière familiale.

2 - L'interdisciplinarité du juge

Cela n'entraîne pas un allégement de la formation requise des juges, au contraire. En effet, pour comprendre un conflit familial, le juge doit posséder les rudiments des lois psychologiques ; pour trancher un conflit au sein des sociétés, il doit connaître la comptabilité et la gestion financière ; pour apporter une solution adéquate à un litige économique, il doit avoir assimilé les théories économiques en œuvre dans le droit. Tâche bien lourde que celle du juge aux affaires familiales et du juge en charge du droit de la concurrence, par exemple...

Ainsi une reconstitution de ce qu'est ou doit être la jurisprudence à partir des conceptions sociologiques du droit n'est pas aisée à mettre en œuvre. Il n'est en outre pas acquis qu'à la supposer aisée, cette utilisation de la sociologie en jurisprudence soit souhaitable sans réserve.

III - LES EFFETS PERVERS DE L'UTILISATION DE L'OUTIL SOCIOLOGIQUE PAR LA JURISPRUDENCE

La prise en considération des destinataires de la décision, légitime en principe, ne doit pas aboutir à une inversion du raisonnement judiciaire. Cela risquerait d'opérer un transfert du pouvoir de décision du juge au corps social et de favoriser à l'excès une politique d'ajustement qui conduit à disposer de la règle de droit.

A - LA PRIMAUTÉ DES CONSÉQUENCES SUR LES CAUSES

1 - Le corps social, comme cause du jugement

Dans une logique juridique classique, sous la forme du syllogisme judiciaire, la loi, majeure du raisonnement, est la cause première du jugement, lequel, par application du droit aux faits (ces derniers constituant la mineure), en déduit la solution qui s'impose. Certes, cette logique formelle, neutre et univoque, ne correspond guère à la réalité judiciaire, dans la mesure où le juge procède plutôt dialectiquement, en prenant appui en premier lieu sur les faits pour choisir dans un second temps la règle de droit la plus apte à enfanter la solution la plus juste.

Mais chercher par définition à rendre un jugement tel que l'attendent ses destinataires et finalement le corps social, c'est inverser la cause et la conséquence. En effet, il ne s'agit d'aller au-delà du souci par le juge des conséquences de sa décision, signe d'une responsabilité morale et sociale postulant qu'on envisage les conséquences de ses actes. Il s'agit alors de se conformer à une situation sociale sur laquelle on admet n'avoir plus de prise normative. Dès lors, le social est la cause du jugement. On peut même dire qu'il en est proprement l'auteur. Il n'y a alors plus guère de différence entre jugement ordinaire et jugement juridique, ce dernier perdant sa normativité (20). La jurisprudence cesse d'être un choix et il ne peut plus y avoir de politique jurisprudentielle.

(20) L. Thevenot, *Jugements ordinaires et jugement de droit*, Annales E.S.C., nov.-déc. 1992, p. 1279 s.

2 - L'hypothèse des chantages sociaux

Cette intimité entre la jurisprudence et la société ou les groupes sociaux contient en elle-même le risque de chantages sociaux. Ainsi le droit des défaillances d'entreprise se soumet à une réalité économique et sociale qu'il n'a plus comme ambition que de suivre au mieux (21). Non seulement l'existence même de tels rapports de force n'est pas sans inconvénients, mais l'on constate qu'ils ne peuvent être exploités que par des groupes sociaux dominants, ou des professions puissantes, comme la profession bancaire par exemple, au détriment de groupes moins organisés et moins actifs. C'est alors l'égalité devant la justice qui est, sous une nouvelle forme, en cause. Ainsi la politique de la jurisprudence comme ajustement à la demande sociale ne se fait pas forcément à l'avantage de tous les justiciables.

B - LA DÉRIVE DE LA JURISPRUDENCE VERS LA LOI DE L'OFFRE ET DE LA DEMANDE

1 - La jurisprudence, comme ajustement de l'offre et de la demande

Pour apaiser les conflits, éviter les condamnations, réconcilier les ennemis, dans un rôle quasiment maternel, la jurisprudence favorise la médiation, la conciliation et autres modes alternatifs de justice informelle (22). Il n'est jusqu'au droit pénal qui ne soit soumis à cette entreprise de médiation. La justice favorise le compromis et constitue elle-même un compromis. La jurisprudence devient un mode d'ajustement, le juge offrant un service correspondant à la demande des consommateurs de jugement. Il y a ainsi un rapprochement de la méthode jurisprudentielle et des lois spontanées du marché concurrentiel. La jurisprudence s'est déliée de sa soumission à la loi juridique pour mieux s'adapter et s'aliéner à la loi du modèle économique constitué par le marché concurrentiel.

2 - L'éloignement de la jurisprudence, comme mise en œuvre de la vertu de justice

Dans une telle conception sociologique de la jurisprudence, intégrant à l'excès la dimension sociale de l'activité de juger, il se pourrait que s'opère une marginalisation de la justice comme valeur et vertu. Le droit se réduirait alors à la bonne gestion d'un "bien vivre" commun, la jurisprudence en étant l'instrument. Ce serait renouer avec un nouveau dogmatisme, sous couvert de réalisme. Il est heureux qu'il ne soit pas entièrement partagé par ceux qui font et pensent la jurisprudence.

---

(21) *Réalité économiques et sociales des faillites*, colloque de l'AFFIC, Paris, 17 novembre 1993.
(22) J. Cabarello, *Typologie du contentieux : de la justice formelle à l'ordre négocié*, Conférence de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de Paris II, 17 février 1993.

"JURISPRUDENCE ET HISTOIRE DU DROIT"

CONSIDÉRATIONS LIMITÉES ET QUELQUE PEU IMPRESSIONNISTES EN HISTOIRE DU DROIT BELGE ET FRANÇAIS

Par

Régine BEAUTHIER
Aspirant F.N.R.S. (Belgique)

Le titre principal de cette courte étude est indéniablement plus ambitieux que le propos qui tente de l'animer et peut du reste se comprendre de deux façons. "Comment la jurisprudence doit-elle être appréhendée par l'historien qui y est confronté ?" mais aussi "comment, historiquement, la jurisprudence a-t-elle été perçue par ceux qui avaient à s'en préoccuper, soit qu'ils la formulent, soit qu'ils en soient les acteurs, soit qu'ils tentent de déterminer la place et le rôle à lui reconnaître ?".

Le premier ordre de questions soulève bien sûr nombre de problèmes méthodologiques pour l'historien en général et l'historien du droit en particulier. La méthodologie juridique qui est au centre des intérêts de l'Association n'est peut-être pas aussi éloignée qu'il y paraît de ces interrogations qui s'articulent autour d'une préoccupation majeure : quel type de renseignements une décision judiciaire peut-elle apporter et comment analyser l'activité des juridictions lorsqu'elles tranchent les conflits que les justiciables viennent porter devant elles ou lorsqu'elles sont saisies d'actions pénales ? Quelques données élémentaires relatives au statut des sources doivent alors être gardées à l'esprit par tout ce qui s'attache à y répondre : même si elles paraissent n'être que des manifestations de bon sens, leur méconnaissance me semble être souvent de nature à introduire d'importantes distorsions dans les conclusions que l'historien pourrait être tenté de tirer d'une lecture trop immédiate (1).

(1) L'auteur du présent article a travaillé sur des sources jurisprudentielles de plusieurs types. Une étude sur la répression de l'adultère en France durant l'Ancien Régime l'a amenée à entrer en contact avec des fonds d'archives non dépouillés (Parlement de Paris, Archives Nationales de France, série X2A), dont la teneur présentait la caractéristique essentielle des décisions d'Ancien Régime, à savoir l'absence de motivation, et soulevait donc d'importantes difficultés d'interprétation. A ensuite été rédigée une thèse de doctorat en droit ayant pour thème les relations personnelles entre époux et les causes de divorce, en Belgique et en France, au XIXème siècle. Les sources utilisées étaient, outre la législation et ses travaux prépatatoires, la jurisprudence publiée durant cette période dans les recueils. Nous reviendrons bien sûr sur les contingences liées à ce type de sources. Le lecteur comprendra que les quelques exemples cités pour illustrer le propos de l'article seront puisés à cette expérience qui fut

Il doit en effet être conscient que les décisions judiciaires qui font l'objet de son étude sont le produit de contraintes inhérentes au système auquel elles appartiennent. On peut dire, pour les résumer, qu'elles sont des *récits* constituant l'aboutissement d'autres récits, et c'est ce processus qui doit être pris en considération.

Pour qu'il y ait décision, il faut tout d'abord qu'il y ait conflit (2). Ou tout au moins, et peut-être aussi souvent, apparence de conflit, puisqu'on peut concevoir que des parties soient tentées de simuler afin de se placer, par le biais d'un procès, dans une situation juridique qui leur serait plus favorable (3). L'existence d'une décision est donc bien loin de témoigner avec certitude de la nature exacte de la situation des parties.

Il faut ensuite que les parties ne puissent pas ou ne veuillent pas régler ce conflit seules ou à l'aide d'un tiers qui ne serait partie du circuit judiciaire. En arriver "devant le juge" est le fruit d'un processus complexe qui ne se laisse pas fatalement appréhender par l'historien : si ce choix peut être parfois un coup de force immédiat dont on attend un changement radical, il peut constituer aussi un dernier recours après des tentatives répétées de trouver une solution et il est clair que les obstacles sont nombreux qui peuvent parsemer de honte et de pudeur un parcours délicat (4).

Le récit que les parties feront de leur point de vue en sera le reflet et sera également modelé par une dimension essentielle : l'*argumentation.* Sans s'attarder ici à la nécessaire reconstruction de la réalité qu'entraîne tout récit, il faut percevoir que ce que les intervenants diront au cours d'un procès sera marqué du sceau indélébile de la *nécessité de convaincre.* Entraîner l'adhésion du juge est le but essentiel de la présentation et de l'accumulation des arguments (5) et la sélection qui s'opère -consciemment ou non- rend là encore très difficile la compréhension de la nature profonde de la situation (6).

Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là, loin s'en faut. Si une telle approche ressortit à l'évidence en présence des arguments de ceux qui veulent obtenir gain de cause, elle doit également être étendue au mécanisme de pensée mis en oeuvre par le juge.

Il se décompose en étapes apparemment claires, mais dont de nombreux praticiens admettent qu'elles exercent l'une sur l'autre une influence réciproque :

---

celle de quelqu'un initialement formé à la technique juridique et qui découvre, en historien néophyte, bien des difficultés.

(2) Acceptons de nous limiter au contentieux.

(3) Pensons par exemple à deux époux qui, sous l'empire du Code civil, seraient tentés de simuler des causes déterminées de divorce pour échapper aux formalités et aux conditions astreignantes du consentement mutuel. Dans le même esprit, pensons à ceux qui simuleraient une cause de divorce à la place d'une autre, bien réelle, cette-fois, pour éviter, dans un accord minimal, les désagréments que celle-ci pourrait provoquer (songeons à l'adultère qui mène la femme en prison et qui est perçue comme la cause la plus grave pour la coupable mais aussi la plus humiliante et ridicule pour celui qui s'en plaint).

(4) Parcours qui peut d'ailleurs être interrompu ou abandonné, avec de nouvelles difficultés d'interprétation pour l'historien : entre l'intervention d'une solution à l'extérieur du système judiciaire et la pression des circonstances ou de l'entourage, la gamme de possibilités est immense et les mentions publiées ou retrouvées dans les archives ne sont pas nécessairement la traduction de la réalité.

(5) Une telle analyse semble être plus adaptée à l'instance civile qu'à celle engagée sur base d'une action publique, mais, à bien y réfléchir, il me semble que cet aspect est loin d'être absent de la mission du Ministère public et donc de son comportement. Ses représentants doivent eux aussi couler leurs propos dans un moule juridique et cette entreprise n'est pas nécessairement exempte d'une reconstruction des faits.

(6) Ajoutons en outre une autre composante de l'argumentation, présente dans certaines situations et, de façon privilégiée, dans les situations familiales auxquelles il a déjà été fait allusion : afin d'obtenir une décision favorable chacune des parties s'efforcera non seulement de couler ses propos dans le moule juridique dont nous venons de souligner l'importance mais également de se conformer à ce qui est supposé être l'idéal de celui qui a le pouvoir de juger. Or, il n'est à cet égard pas besoin de trésors d'imagination pour comprendre qu'entre ce que l'on juge au quotidien insupportable, par exemple dans une relation conjugale, peut-être bien éloigné de ce que l'on pense que celui auquel on s'adresse jugera pertinent.

recevoir la preuve des faits, qualifier, déterminer la règle à appliquer, trancher et motiver. On a beaucoup écrit sur les premiers stades et il n'est désormais plus guère besoin d'insister sur la marge d'appréciation qui peut être celle des magistrats. Quant à la décision, le système français et le système belge qui en est l'héritier direct en font un devoir, sous peine de déni de justice, ce qui met le juge dans la délicate position d'avoir à formuler une réponse clôturant les présentations des parties. La motivation, qui n'est devenue une obligation qu'à la Révolution française (7), en acquiert une dimension essentielle et c'est elle, parce qu'elle est supposée être l'intermédiaire entre l'esprit du juge et ceux à qui la décision est destinée, qui doit retenir l'attention.

L'obligation de motivation peut se concevoir de multiples façons allant de la plus formelle, qui se contente d'un laconisme extrême, à la plus complexe qui prend en considération, au-delà de la simple existence des motifs, leur cohérence interne et leur consistance avec le dispositif. Il n'est pas nécessaire de développer ce point ici ; ce qu'il importe de souligner est que la motivation constituera un nouveau récit, lui aussi destiné à convaincre et à convaincre des auditoires différents. Il s'agit en effet de légitimer, pour soi-même, pour les parties et pour le magistrat supérieur, ce qui est un processus complexe, mélange d'intime conviction et de sens de la légalité, de nécessité d'aboutir à une solution et de difficulté de ménager l'ensemble des intérêts en présence. Convaincre les intervenants au procès que la décision est la bonne et réduire leur volonté de poursuivre l'instance. Exposer aux magistrats supérieurs qui seraient néanmoins saisis, des raisons qui fondent à suffisance la décision. A la fois éviter le recours et permettre celui-ci et le contrôle qu'il entraîne. La mission est délicate et il parait presque inutile de souligner que l'on n'utilise pas nécessairement les mêmes procédés selon ceux à qui on les destine.

Si les parties accumulent les faits, les magistrats, enserrés dans un réseau de pouvoir hiérarchique, accumulent donc parfois les arguments, mus par l'inquiétude et par le désir de justifier la décision autant qu'elle peut l'être. La décision judiciaire, livrée aux regards de l'historien, en devient parfois un objet d'incompréhension et de fascination : il est souvent aussi difficile de déchiffrer le débordement des mots que leur extrême aridité (8) et de distinguer, parmi les raisons accumulées, celles qui ont concouru de façon prépondérante à la formulation du dispositif. C'est là que les préoccupations de l'historien rejoignent celles du juriste que l'on aurait pu s'imaginer bien lointaines. Le juriste s'attachera à rechercher les ressorts juridiques d'une décision, la véritable *ratio decidendi* chère aux familiers de la common law mais que les juristes continentaux tentent évidemment aussi de dégager. L'historien, moins sensible peut-être aux subtilités du droit, essaiera de percevoir ce que les motifs cachent ou peuvent cacher. Mais il leur importe autant, quoique pour des raisons différentes, de comprendre quel élément doit être mis en évidence et leur travail suit les mêmes méandres, confrontés tous deux à la très difficile distinction du fait et du droit, des éléments accessoires et principaux, de l'espèce et du principe. Et il leur appartient aussi -et peut-être surtout- d'éviter l'écueil d'admettre systématiquement que le juge exprime ce qu'il estime être vrai a priori, sous la forme d'un impeccable raisonnement aboutissant logiquement à une conclusion, alors qu'il s'avère aussi pertinent de traiter les décisions comme un discours de légitimation a posteriori,

(7) Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : Constitution du 5 frimaire an III. L'histoire de cette obligation a été étudiée avec soin : V. Sauvel Tony, "Histoire du jugement motivé", *Revue du droit public*, 1955, pp. 5-53 ; Godding Philippe, "Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18e siècle", in La motivation des décisions de justice, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1978, pp. 37-67.

(8) Et la tâche de l'historien se penchant sur des sources judiciaires modernes ne sera, à cet égard, pas nécessairement plus simple que celle qui attendra le chercheur confronté aux décisions sans motivation expresse de l'Ancien Régime.

dont il importe de percevoir les failles, les valeurs qui le sous-tendent et les références auxquelles il fait appel.

Mais ces considérations sont somme toute, me direz-vous, de nature à rejoindre bien plus les préoccupations d'une association de méthodologie historique et il serait temps de passer à l'autre versant de la question. Quelle place et quel rôle la jurisprudence s'est-elle vu réserver dans le passé ?

La contribution que l'on voudrait faire ici à cette vaste question -qui n'est pas sans avoir été déjà étudiée (9)- se veut limitée à un type de source très particulier, que l'on peut considérer comme représentatives à une période bien précise de l'histoire du droit français et belge. Il s'agit d'interroger les préfaces de *Recueils de jurisprudence* (10) dont l'émergence et le développement après la promulgation des Codes ont déjà retenu l'attention (11), recueils auxquels on peut ajouter les *Codes annotés* (12) ainsi que les ouvrages que l'on peut ranger sous le terme générique d'"Encyclopédies" (13).

Ces préfaces, "mot de l'éditeur et/ou du rédacteur" et autres "avertissements" remplissent bien évidemment plusieurs fonctions : introduire le lecteur aux subtilités du classement adopté -et par la même occasion indiquer vertement les inconvénients de ceux qui sont écartés- ; souligner, dans un but publicitaire, les particularités de la collection par rapport aux autres, et surtout développer combien la jurisprudence constitue désormais un instrument essentiel pour le juriste. Il est clair qu'en ce faisant, les auteurs prêchent pour leur chapelle, mais ces textes n'en sont pas moins intéressants en ce qu'ils mettent en évidence des éléments qui rencontrent certains points soulevés pour la préparation du présent colloque. C'est à ce titre, et en admettant sans réserve qu'ils ne constituent que des échantillons, qu'ils vont être ici examinés.

Un des premiers éléments qui ne peut que frapper, est l'attachement des auteurs à placer le recours aux décisions judiciaires dans un contexte bien précis : il s'agit de faire oeuvre de science : on veut *"faire de la connaissance des arrêts une science"* (14), contribuer à la *"science du droit"* (15) ou encore d'y *"(employer) la méthode expérimentale"* -ce qui, ajoute-t-on, est *"la seule voie du progrès"* (16). La jurisprudence n'était auparavant qu'une arme judiciaire à l'aide de laquelle chacun des

(9) Dawson J.P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968 ; Godding Philippe, La Jurisprudence in *Typologie des sources du moyen âge occidental*, fasc. 6, Turnhout, 1973 ; "Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18e siècle", in *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1978, pp. 37-67 ; Sergenne A., "Le précédent judiciaire au moyen âge", Revue historique de droit français et étranger, 1961, pp. 227 sqq.

(10) *Jurisprudence du XIXème siècle* Dalloz : Introduction (anonyme), Bruxelles, 1828, t. 1., pp.v.xii ; *Pasicrisie belge* : Avertissement (anonyme), Bruxelles, 1840, pp. i-iv ; *Jounnal du Palais* : "Avis de l'éditeur pour la troisième édition", par F.F. Patris, 1842, Paris, pp. v-viii et "Coup d'oeuil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence", par Ledru-Rollin, id., pp. ix-xix (cette préface est datée de 1837) ; *Recueil Général des Lois et des Arrêts* (Sirey), revu et complété par De Villeneuve et Carette : "Préface", vol. 1, Paris, 1843, pp. iv-viii ; *Belgique Judiciaire*, Bruxelles, 1843, note de présentation en tête du premier volume, col. 1-6. On peut, à ces Recueils, ajouter les tables élaborées afin de faciliter les recherches : *Jurisprudence du XIXème siècle ou Table tricennale du Recueil Général des Lois et des arrêts*, Paris, 1834 : note de présentation de De Villeneuve, pp. iii-iv ; *Jurisprudence du XIXème siècle ou Table Générale alphabétique et chonologique du Recueil Général des Lois et des arrêts* (1791 à 1850), Paris, 1851 : note de présentation anonyme, pp. 3-7.

(11) V. l'article pionnier de Meynial Ed., "Les recueils d'arrêts et les arrêtistes", *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904, vol. 1, 175-204.

(12) *Codes annotés* de Sirey (Code Napoléon) : note préalable de P. Gilbert, en tête de l'édition refondue par lui, Paris, 1853, pp. 5-8 ; *Codes annotés* de Dalloz (t. 1, Code civil) : Avertissement par E. Dalloz fils et C. Verge, Paris, 1873, pp. v-vii.

(13) V. Par exemple les *Pandectes françaises* : "Avertissement", t. 1, Paris, 1886, pp. i-v. et "Introduction - De la fonmation des notions juridiques et de rôle de la jurisprudence dans les institutions", par Frémont Robert, id., pp. vii-xv, datée de 1882.

(14) *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), p. vii.

(15) *Belgique Judiciaire*, ler vol (1843), col. 2.

(16) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit, p. vi.

adversaires pouvait *"s'obstiner à avoir raison"* (17), un *"chaos"*, véritable *"dédale"* constitué d'arrêts qui ne sont qu'une *"source de confusion, faute d'avoir été bien compris et mis dans leur véritable jour"* (18). Cet *"amas indigeste de décisions incohérentes"* (19) a longtemps provoqué le *"superbe dédain de quelques maîtres de la science"* (20) plus enclins à la théorie ce qui ne valait guère mieux que l'attitude de *"déférence servile"* que d'autres jurisconsultes adoptaient en transformant en axiome la moindre décision (21).

Mais c'est probablement ce que dira très clairement Ledru Rollin qui retient le plus l'attention : *"Toute science, on le sait, ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu qu'après avoir traversé les faits ; et la jurisprudence en particulier, ce miroir fidèle et mobile des moeurs, a pour destin inévitable d'être préparée par les tâtonnements d'une laborieuse pratique"* (22).

On devine ainsi que la pratique et la jurisprudence sont deux choses différentes, et que la jurisprudence est en quelque sorte le degré scientifique de la pratique, dégagé tant des querelles d'intérêts particulières qui la provoquent que des abstractions infinies qui l'ignorent. La renaissance, le progrès, la *"direction nouvelle des études juridiques"* (23) exigent son étude autant qu'ils y contribuent.

Il s'agit donc désormais pour les auteurs des recueils non seulement de rapprocher les décisions, de les coordonner, mais aussi de *"les comparer et de les soumettre à un examen permettant d'en apprécier la véritable valeur"* (24). Les critères dégagés pour ce faire sont, il faut bien le dire, diffus et épars. La nécessité de *"conserver à chaque décision sa véritable place dans l'ordre des temps"* est mise en évidence afin que ne soient pas perdues de vue *"sa physionomie particulière, sa couleur historique et locale"* (25). Si l'on retrouve là le souci de ne pas prendre en considération des décisions rendues sous des législations abrogées, il se peut également que soit présente l'idée d'un lien très fort unissant les décisions et leur contexte socio-politique. Mais, dit l'introduction au Recueil Dalloz (26), *"plus la jurisprudence est destinée à exercer d'empire, plus il importe aussi d'en définir les caractères, soit pour apprécier convenablement le secours qu'on peut y puiser, soit pour éviter l'abus qu'on peut en faire"*. On y lit alors que *"l'autorité (des arrêts(se mesure sur leur nombre et sur le degré de confiance et de respect qu'inspirent les cours qui les ont donnés"*.

Le critère de la quantité est donc bien sûr mis en évidence *("un arrêt isolé ne saurait avoir la même autorité qu'un certain nombre de décisions semblables")* ainsi que le critère hiérarchique (les arrêts de la Cour de cassation devant en général prévaloir sur ceux des cours royales qui eux prévalent sur les sièges inférieurs) mais l'auteur de l'Introduction ajoute également que *"on aura plus de déférence pour les arrêts d'une cour, qu'elle sera plus renommée par l'érudition et la profondeur des magistrats qui la composent"*. Certes on peut imaginer que ces magistrats érudits soient précisément présents dans les juridictions les plus élevées (27), de sorte que le

(17) Avis de l'éditeur pour la troisième édition du *Journal du Palais*, p. v. *Le Recueil Général des Lois et des Arrêts* (loc. cit., p. v) parle, dans le même esprit, de "l'arsenal dans lequel chacun vient emprunter".
(18) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v et p. vi.
(19) *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), loc. cit., p. vii.
(20) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. vi.
(21) *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), loc. cit., p. v.
(22) "Coup d'oeil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence", loc. cit., p. ix.
(23) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v.
(24) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v.
(25) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v.
(26) *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), loc. cit., p. v.
(27) Et les mérites de l'organisation judiciaire sont d'ailleurs mis en évidence (*Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), loc. cit., p. vi).

critère de la compétence rejoindrait la perception hiérarchique, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'une telle remarque peut aussi viser, a contrario, certains juges bien particuliers que l'on sait être peu qualifiés ou peu compétents et aux décisions desquels on attacherait un degré d'autorité moindre. Sont enfin mentionnés le poids respectif des sections de la Cour suprême et l'importance relative des arrêts de rejet ou de cassation. Certains ouvrages s'enorgueillissent en outre de mentionner aussi systématiquement que possible les noms des présidents, rapporteurs, organes du ministère public ainsi que des avocats qui ont plaidé dans la cause, tous éléments qui influencent l'autorité de la décision. A l'exposé détaillé des moyens, on ajoutera, dans certains cas, des extraits des plaidoyers. Enfin, il faudra dégager, *"tout ce qui est de nature à éclairer la solution, à en faire discerner les nuances les plus délicates"* (28), à savoir les faits. *L'"exactitude scrupuleuse"* est de rigueur et c'est alors Dumoulin qu'on cite pour rappeler que *"la plus légère nuance dans le point de fait amène souvent en droit une solution toute contraire"* (29).

Une fois ces décisions publiées, que pourra-t-on y puiser ? Les propos qui précèdent en donnent déjà une idée assez précise : *"une multitude de notions précieuses d'autorités de sages exemples"* (30) ; *"des autorités toujours respectables souvent imposantes quelquefois même en quelque sorte irréfragables"* (31). *La Belgique judiciaire* (32) souligne que les *"recueils d'arrêts aident aux plaideurs en leur procurant l'influence auxiliaire de la chose jugée dans des espèces analogues ou semblables"* : *"le travail de l'avocat est abrégé quand il peut opposer à son adversaire une décision formelle quelquefois émanée des mêmes juges et son adversaire de son coté prévenu des forces qu'il doit combattre ne se perd pas en conjectures ou assuré que ces forces sont invincibles ne s'épuise pas en efforts inutiles"* (33).

Le but scientifique qui était évoqué pour exposer la nécessité des recueils se double donc, sans grande surprise, d'une vision essentiellement pratique. Or, ajoute cette dernière gazette, *"il faut pour répondre à cette destination que les recueils d'arrêts soient complets, qu'ils n'omettent rien"*. Là est précisément un des points les plus importants autour desquels nombre d'introduction s'articulent, car s'il s'agit de fournir des éléments aux plaideurs, il ne faut pas leur fournir n'importe quoi et en revenir au chaos originaire.

Il est en réalité très difficile de cerner le contenu exact des ouvrages et le processus de sélection mis en oeuvre pour les constituer. Certains déclarent avoir relevé tous les *"arrêts importants"* (34) *ou "de quelque importance"* (35) et les avoir adjoints à l'ancienne édition qu'ils refondent ou mettent à jour, mais il est évident que ces propos peuvent cacher bien des réalités différentes et qu'il faut explorer plus avant. L'Avis de l'éditeur en tête de la troisième édition du *Journal du Palais* affirme que la méthode de recherche et de dépouillement adoptée fait que *"pas un arrêt pas un seul n'a pu nous échapper"* ajoutant en note avoir *"porté le scrupule si loin que nous avons recueilli même les arrêts d'un intérêt médiocre ou douteux"* (36). Le *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, plus restrictivement, déclare que les besoins de l'époque sont à un recueil où serait aisément trouvée *"chaque décision consacrant véritablement une règle ou un principe* ajoutant en outre que l'édition nouvelle vise à

(28) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. vi.
(29) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. vi.
(30) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v.
(31) *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz), loc. cit., p. vii.
(32) Qui se veut différente puisqu'elle entend publier des décisions étrangères et "prendre (ce domaine) avec plus de discernement et de restriction" (loc. cit., col. 4).
(33) Loc. cit., col. 4.
(34) Avis de l'éditeur pour la troisième édition du *Journal du Palais*, loc. cit., p. vi.
(35) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, loc. cit., p. v.
(36) Loc. cit., p. viii. Dans ce dernier cas, seul le sommaire est publié.

réduire ce que *"(les articles) pourraient présenter aujourd'hui de suranné ou de superflu sans pourtant rien retrancher de ce qui a pu conserver quelque intérêt même un intérêt purement historique"* (37). Il ajoute cependant en note une remarque essentielle, qui se double d'une critique à peine feutrée à l'égard de ceux de ces éditeurs qui *"ne manque(nt) pas de se vanter de quelques milliers d'arrêts de plus que n'en a offert celui qui (les) a précédé(s) et cela peut aller ainsi d'éditions en éditions jusqu'à épuisement des archives des greffes du royaume"*. En effet, proclame-t-il, *"tous les arrêts et surtout ceux des Cours d'appel ne sont pas bons à recueillir tous ne sont pas appelés à faire autorité en jurisprudence"*.

C'est là que nous voyons réapparaître les préoccupations dont nous avons dit qu'elles devaient aussi être celles de l'historien et qui démontrent une fois encore les liens que nous avons déjà pu souligner entre les deux versants de notre question : *"les juges en expédiant les affaires se préoccupent fort peu de rendre des arrêts de doctrine : avant tout, ils jugent selon leur conscience et très souvent par des considérations de fait et d'équité qui échappent entièrement à l'analyse si elles ne sont pas reproduites dans les motifs de la décision"*.

De tels arrêts, en effet, *"ne sauraient être introduits dans la science sans dommage sans y jeter le désordre et la confusion"* et, accumulés dans les recueils, ne font que multiplier les discussions oiseuses.

La note précédant les *Tables tricennales du Recueil* est encore plus explicite, utilisant la distinction classique entre *"arrêts d'espèce"* et *"arrêts de principe ou doctrinaux"*. Les premiers doivent être écartés : ce sont ceux *"dont la question de droit disparaît entièrement noyée au milieu d'une foule de circonstances accessoires qu'on ne peut espérer voir se reproduire identiquement les mêmes et qui ne laissent apercevoir au lecteur en dernière analyse qu'une simple appréciation de faits ou une pure question de bonne foi ou d'équité décidée par les juges bien moins d'après les principes rigoureux du droit que d'après les inspirations de la conscience"*.

Ils ne sont pas *"une richesse pour la science"* ; *"ils ne tendent qu'à confondre et à obscurcir toutes les règles"*. Les autres, tout à l'opposé, *"jugent franchement de véritables questions de droit"* et leur nombre offre *"un assez vaste champ aux recherches et aux méditations du jurisconsulte* (38). A cette évidente volonté de sélection au nom d'impératifs tant scientifiques que pratiques, on voit certains ouvrages répondre par une proclamation de complétude : *"point de choix, point d'omissions ; nous avons voulu être complets au risque de paraître trop abondants"* annoncent les *Codes annotés* de Sirey (39), qui déclarent rassembler *"les arrêts consacrant des principes généraux et ceux contenant des applications particulières"*.

Ceci mérite qu'on s'y attarde. On voit souvent fleurir dans les recueils des mentions telles *"jurisprudence constante" ou "jurisprudence majoritaire"* qui, à la lumière de ce que nous venons de voir, soulèvent des problèmes majeurs pour les juristes comme pour les historiens.

Elles sont le produit d'un travail d'analyse, correct peut-être, mais qui n'en dépend pas moins de l'intense sélection dont les décisions font l'objet lors de leur

(37) Loc. cit., p. vi. On peut rapprocher de cette idée celle présente dans la *Jurisprudence du XIXème siècle* (Recueil alphabétique Dalloz, loc. cit., p. viii) d'avoir écarté les décisions "devenues tôlalement insignifiantes et sans aucun espèce d'intérêt dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence". V. aussi l'Avertissement en tête de la *Pasicrisie belge* (p. iii), qui se targue de n'"avoir négligé aucune décision qui offrît quelque intérêt, soit sous le rapport du droit ancien, soit sous celui du droit moderne". Comparez avec *Jurisprudence du XIXème siècle. Table générale* (1791-1850) (De Villeneuve et Gilbert) : "On trouvera dans cet ouvrage grand nombre d'arrêts que les changements survenus dans la législation rendent aujourd'hui à peu près sans application ; mais la plupart de ces arrêts peuvent encore offrir d'utiles enseignements et de puissants arguments d'analogie" (pp. 6-7).
(38) *Jurisprudence du XIXème siècle.*ou *Table tricennale du Recueil Général des Lois et des Arrêts*, Paris, 1834, p. iii.
(39) Loc. cit., p. 5.

publication. Or, à moins de se limiter au phénomène de la jurisprudence interne à une même juridiction, ou plus exactement à l'imitation par cette juridiction de ses propres décisions antérieures conservées en quelque sorte par la mémoire de l'endroit, cette publication est essentielle pour qu'il y ait jurisprudence. On ne peut s'inspirer ou suivre que ce que l'on connaît. C'est à cet égard que ces Recueils dont nous examinons les programmes sont d'une importance cruciale : ils sont le point de rencontre entre ceux (au-delà des parties) qui sont susceptibles d'utiliser les décisions et ceux qui les formulent ; ils sont un médiateur et, par là même, ils ne sont pas neutres. Car, nous l'avons vu au tout début, il s'agit, en publiant, de faire oeuvre de science ou, comme l'expose le *Recueil Général des Lois et des Arrêts, "de vulgariser en les formulant, les règles de la jurisprudence et d'arriver ainsi à les faire passer plus promptement dans la théorie et la pratique"* (40).

"Vulgariser en les formulant les règles de la jurisprudence". Il me paraît essentiel d'y insister : la jurisprudence à laquelle ont accès les juristes du XIXème siècle et d'une bonne partie du XXème est le fruit de la **doctrine** (41). Une certaine forme de doctrine, sans aucune doute, moins littéraire et moins apparente que celle qui fleurit dans les traités, mais une doctrine qui classifie, sélectionne, supprime et commente. L'émergence de la note d'arrêt -ou des annotations diverses (42)- et la technique des sommaires (43), renforcent grandement cet aspect. C'est encore le Recueil Général qui expliquera qu'ils ont pour but de *"fixer le lecteur autant qu'il l'a été en nous sur la valeur scientifique de la décision rapportée, de montrer à quel principe de droit elle se rattache, de suivre ce principe et la question qui en dépend dans toutes leurs vicissitudes doctrinales jurisprudentielles ou législatives, de les soumettre à ces différentes époques à un examen critique et comparatif pour en déduire enfin dans l'état actuel de notre législation le degré de certitude ou d'autorité que peut offrir la solution donnée par l'arrêt"* (44).

Arrivé à ce point, il devient de plus en plus clair que ceux qui parlent de *"jurisprudence"* ne lui donnent pas le même contenu et que les savants mélanges d'impératifs scientifiques et pratiques qui sont mis tour à tour en évidence par nos ouvrages contribuent à renforcer la confusion.

Après avoir insisté sur la suppression des arrêts d'espèce, De Villeneuve, dans le texte ouvrant les *Tables tricennales* par exemple, souligne que leur but est de faire connaître, sur chaque matière du droit, *"la tendance et l'esprit général de la jurisprudence"* (45) et, détaillant le mode de classement adopté, le déclare *"propre à faire ressortir dans l'enchaînement des décisions analogues sur chaque matière, l'esprit général de la jurisprudence"* (46). Il termine en se félicitant de ce que *"peu de pays (...) offriraient une vaste et plus riche collection de décisions judiciaires empreintes d'une haute sagesse et d'une science profonde en un mot un corps plus complet de jurisprudence"*. C'est de *"l'ensemble des décisions judiciaires"* que parle l'Introduction à la *Jurisprudence du XIXème siècle* (47) admettant que *"cette jurisprudence encore incertaine n'offre que des décisions isolées"* et que *"souvent même elle flotte entre des décisions contraires et n'a pas dit son dernier mot"*. Il ne

(40) Loc. cit., p. vii. C'est un texte quasi identique que l'on retrouve sous la plume de l'auteur de l Avertissement ouvrant l'édition de la Pasicrisie belge (loc. cit., p. iv).
(41) La situation est presque identique actuellement. si l'on excepte les fichiers informatisés qui auraient pour prétention de rassembler l'intégralité des décisions.
(42) V. l'article de Meynial précité.
(43) V, par exemple "Les meilleures notices", *B.J.* 1893, col. 1.
(44) Loc. cit., p. viii, *La Table tricennale* parle de la nécessité de présenter tous les élements nécessaires pour que "le lecteur pût se faire une idée nette de l'espèce jugée, bien connaître le sens véritable de la décision et apprécier son degré d'autorité" (loc. cit., p. iii.).
(45) Loc. cit. p. iii.
(46) Loc. cit. p. vi.
(47) C'est-à-dire la *Table Générale (1791-1850)*, version De Villeneuve et Carette, loc. cit., p. 5.

semble pas que ce soit à la même acception que l'Introduction au *Recueil alphabétique Dalloz* se réfère lorsqu'elle évoque *"une infinité de questions"* ayant fait l'objet de *"décisions de leur uniformité doit faire regarder comme le fondement d'une jurisprudence que le temps viendra de plus en plus consacrer"* (48). D'ensemble des décisions judiciaires, le terme se transforme pour viser ce qui pourra être constitutif de précédent grâce à une certaine cohérence. Mais le même texte fait mention quelques paragraphes plus loin de la nécessité pour l'arrêtiste de *"ne pas se borner à noter (les) vaccinations et (les) contrariétés de la jurisprudence* (49) ce qui semble renvoyer à la même idée que les *Tables*. Et le même texte encore, à la fin, se donne pour mission d'être un *"ouvrage de jurisprudence dans le sens restreint du mot"* c'est-à-dire, explique-t-il, *"un ouvrage particulièrement consacré à la science des arrêts"* (50). Et le *Recueil Général* parle, sans utiliser le terme jurisprudence de *"règle fixée par une série de décisions uniformes"* (51). La *Pasicrisie belge*, quant à elle, oppose la période antérieure où *"la jurisprudence n'avait été que la reproduction sèche des décisions des tribunaux"* à la voie nouvelle dans laquelle s'est engagé le rédacteur en publiant une *"véritable encyclopédie des faits judiciaires commentés par la plus savante théorie"* (52).

Il semble donc que le terme soit l'objet de glissements qui ne facilitent pas le dégagement d'une définition mais qui permettent probablement aux auteurs des ouvrages examinés de créer le lien entre des propos épars, visant des buts et des caractéristiques différents.

Une décision judiciaire est à la fois susceptible d'être un modèle à suivre, une source d'inspiration pour ceux qui ont fonction de participer au mécanisme judiciaire, et un objet d'étude sur lequel peuvent se pencher ceux qui s'intéressent au phénomène du droit. Le recueil d'arrêts a pour vocation de fournir des matériaux aux deux catégories (qui ne sont bien sûr pas exclusives l'une de l'autre) et ces deux fonctions, même si elles paraissent proches, ne sont pas entièrement similaires et exercent l'une sur l'autre des influences diffuses. D'une part, on insiste sur la quantité des décisions publiées pour offrir aux praticiens un champ d'investigation large et satisfaisant, afin de les informer le mieux possible de l'activité et des habitudes de ces juridictions auxquelles ils sont confrontés quotidiennement et on entend livrer dans le détail ce qui permet de distinguer une décision de l'autre, admettant que c'est là une des dimensions essentielle de la démarche qu'ils doivent suivre. De l'autre, on sélectionne ces mêmes décisions au nom d'une oeuvre théorique qui insiste sur la pureté du droit et du principe, dégagée du fait et de l'espèce et conforme au progrès de la science du droit (53).

Cette idée de **progrès**, du reste, devient fondamentale. L'auteur de la Préface du *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, mettant l'accent sur la distinction que nous venons de dégager, y fait référence (54).

---

(48) Loc. cit., p vi. Le *Recueil alphabétique Dalloz* mentionne, probablement dans le même esprit, le choix qui est fait de rassembler les arrêts d'appel et de cassation, afin que le lecteur puisse suivre les destinées d'une affaire et pour éviler "le danger d'offrir, comme autorités en jurisprudence, des arrêts qui plus tard ont été annulés" (loc. cit., p. viii).
(49) Loc. cit., p. x.
(50) Loc. cit., p. xi.
(51) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, p. viii.
(52) "Avertissement", loc. cit., p. i.
(53) Ce processus de sélection, que d'acucuns voudraient plus drastique encore. est d'ailleurs vivement critiqué par certains. Un auteur anonyme, publiant une chronique titrée "Les Recueils de jurisprudence", publiée dans un journal belge, affirme que "les décisions en fait, se groupant à côté des principes, sont autant de phénomènes de la vie sociale dans laquelle la sagacité des juristes découvre la Loi. Elles servent le Droit, comme la vivissection fait progresser la médecine" (*Journal des Tribunaux*, 1894, col. 235-238, plus spéciaiement col. 236).
(54) "Nous espérons (...) parvenir à réaliser pour la génération nouvelle une Collection complète et raisonnée de jurisprudence, sans laquelle il est impossible de se livrer aujourd'hui aux travaux du

Mais c'est encore une fois Ledru-Rollin, dans son *"coup d'oeil sur les praticiens les arrêtistes et la jurisprudence"* publié dès 1837 (55), qui exprimera dans des termes très forts le rôle qu'il entend réserver à la jurisprudence en reprenant et réconciliant l'ensemble des éléments qui se sont accumulés jusqu'ici : *"La jurisprudence si l'on en croit les définitions étroites données jusqu'ici (...) est une collection de décisions contradictoires bonnes tout au plus pour les praticiens (...) (Mais n'est-elle vraiment que cela ?) Son action est-elle si restreinte qu'elle se borne dans un intérêt privé à faire perdre ou à faire gagner un procès ? Seule enfin au milieu des éléments sociaux qui gravitent dans une direction donnée vers une loi unitaire reste-t-elle excentrique et indisciplinée ? Telle est peut-être son apparence si l'on se perd dans ses détails ; mais pour quiconque veut la considérer de haut elle a un caractère général et un rôle dans la civilisation. Parfois sans doute comme tout ce qui est humain elle flotte, tourbillonne et revient sur elle-même ; mais que l'oeil la suive attentivement ce n'est là qu'un moment de repos, elle va bientôt reprendre sa marche accoutumée et cette marche c'est le progrès"*.

La séquence des faits se dégage clairement : *"Issue de la loi, la jurisprudence en conserve d'abord la tradition stoïque peu à peu elle s'empreint d'équité, reflète les moeurs, les idées, les découvertes nouvelles et d'esclave soumise se fait proclamer reine à son tour. S'emparer des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus voilà sa mission"*.

Lui qui affirmait d'emblée qu'on ne pouvait se refuser à prendre en considération cette *"vaste série de faits judiciaires aussi utiles à étudier que celle des faits législatifs puisque les arrêts en sont la réalisation et par conséquent le meilleur commentaire"* (56) franchit un pas important en concluant avec enthousiasme : *"La jurisprudence n'est donc pas seulement comme on le répète chaque jour le commentaire et le complément de la loi existante ; car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi tandis qu'elle exerce contre elle une action dissolvante et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer"*.

Certes, cette vision des sources en fin de comptes très conflictuelle (57) n'est pas partagée par tous. Le texte ouvrant les *Codes annotés* de Sirey, par exemple, parle de façon plus modérée de la jurisprudence comme *"science pratique des lois (...) interprète vivant du droit"* (58). Mais l'Introduction des *Pandectes françaises* rédigée par R. Frémont et datée de 1882, adoptant un paradigme en vogue, débute par les considérations suivantes : *"Quand on étudie la façon dont s'est opéré dans le passé le développement graduel des idées juridiques et leur adaptation progressive au milieu social il est permis d'établir une comparaison entre les lois mêmes de ce développement et celles qui président dans la théorie évolutionniste, aux progrès de la vie organique. (...) Quand elle se rapporte aux organismes vivants la théorie évolutionniste n'est encore qu'une hypothèse contestée et quelquefois contredite par les faits ; mais quand on l'applique à cet organisme idéal qu'on nomme le Droit, on lui découvre un caractère d'exactitude et de précision qu'elle n'avait pas jusqu'alors.*

Il existe en effet un progrès continu d'adaptation entre toutes les législations et le milieu où elles se développent entre la manière dont les lois positives se

---

barreau. Pour les hommes de science, qui voient le droit d'un point de vue plus élevé que celui de la pratique, qui veulent l'observer dans ses transformations. dans sa marche progressive, nos travaux pourront aussi avoir leur utilté (...)" (Loc. cit., p. viii).

(55) Loc. cit., p. XVII.

(56) *Recueil Général des Lois et des Arrêts*, p. vi.

(57) Ledru-Rollin parlera, quelques lignes plus loin, de "deux puissances rivales".

(58) De façon plus modérée et plus classique, puisque référence est faite en note à "viva vox iuris" (L.8., ff. de Just., c.). (Loc. cit., p. 6.).

forment et les habitudes ou les institutions des peuples. Les idées aussi ont leur lutte pour l'existence et ce n'est que par une série d'actions et de réactions successives que les notions juridiques s'adaptent à leur milieu que les unes, n'étant plus en conformité avec les moeurs et les institutions disparaissent pour toujours ; que les autres au contraire plus en harmonie avec les besoins d'une époque, enrichies mêmes des débris du passé grandissent et se développent dans un progrès sans fin" (59).

C'est bien sûr la jurisprudence qui *"s'attache par une interprétation indépendante et judicieuse à faire disparaître les inconvénients qui pourraient résulter d'une application littérale et inintelligente des textes"* et qui *"reflète le mouvement des idées et prélude au renouvellement des institutions"* (60).

La Jurisprudence est ainsi dotée d'une véritable personnalité autonome et constructive et la suite de l'Introduction des *Pandectes* affirme, dans une formule révélatrice, qu'elle *"s'est réservée cette mission quasi providentielle d'ouvrir les lois aux progrès successifs des moeurs et des institutions"* (61). On y lit aussi -ce qui constitue une atténuation certaine par rapport aux propos de Ledru-Rollin- que *"(elle) ne commet pas un excès de pouvoir, elle n'empiète pas sur le rôle du législateur, elle ne crée rien mais elle exerce une critique, elle adopte une interprétation d'un caractère élevé"*. Elle procède, pour ce faire, *"par abstraction et généralisation"*, ajoute encore l'Introduction, *"opération qu'on rencontre dans toutes les branches de la science et qui embrassent la suite des observations que l'homme a été conduit à faire par l'expérience de la vie sur les objets qui l'environnent et les phénomènes qui se succèdent autour de lui"* (62).

On peut douter que le concept de jurisprudence soit limité ici aux décisions des juridictions : il semble bien viser également le travail doctrinal qui s'en empare. Lorsque Ledru-Rollin entreprenait de *"prouver que la jurisprudence n'est point un chaos d'éléments épars ; qu'elle a comme toute science ses phases nécessaires, son point de départ et son but"* (63) il est fort probable qu'il s'engageait sur cette voie, voulant *"réconcilier la théorie et la pratique"*. Les *Tables tricennales*, en 1834, se désignant comme un *"ouvrage destiné à recueillir les matériaux d'une science en progrès"* (64), faisaient des décisions judiciaires un des objets de la science du droit. C'est la jurisprudence elle-même, par un nouveau glissement, qui est désormais érigée en science, renouant avec le sens ancien (65). Ledru-Rollin et Frémont s'accordent sur un point : le progrès en dépend. Le premier s'exclame que, *"plus avancée que la loi (la jurisprudence) est, par excellence, l'expression vraie le dernier mot de la société"* (66) ; que *"apôtre et précurseur de la loi nouvelle (c'est à elle) de céder par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées"* (67). Le second se félicite de ce que *"la jurisprudence avec sa puissance d'analyse a pu faire face à toutes les difficultés"* et que *"de ce travail incessant, de cet enfantement continuel, (naît) le droit nouveau"* (68). Et on peut remarquer que, naturellement, la question de son degré d'autorité, de sa valeur de précédent, en devient tout-à-fait secondaire au regard de son *"rôle civilisateur"*.

---

(59) Loc. cit. p. vii.
(60) Id., p. viii.
(61) Loc. cit., p. xii.
(62) Ibid.
(63) Loc. cit., p. xix.
(64) Loc. cit., p. iv.
(65) V. Grzegorczyk Christophe, "Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ?", *Arch. de Philo. du droit*, 1985 (t. 30 - La jurisprudence), pp. 35-52. Cf. Guyot, *Répertoire*. V. Jurisprudence, t. 33, 1780.
(66) Loc. cit., p. xix.
(67) Loc. cit., p. xvii.
(68) Loc. cit., p. xv.

Il est enfin intéressant de constater que c'est au nom de cette même vision du *"droit expérimental"* que le processus de sélection qui a été souligné plus haut en vient à être sévèrement critiqué.

Un article paru dans un des numéros du *Journal des Tribunaux* de 1886 (69) s'interroge sur la constitution de *"cette matière (à soumettre) d'une sorte de vivisection"* et n'y voit, ou presque, que le fruit du hasard : un avocat qui veut faire publier son nom ou qui veut obtenir une autorité dans un procès en cours ; un président qui se soumet à des préoccupations semblables ; l'intérêt commercial des librairies ; les éditeurs qui cherchent à remplir leurs livraisons. Et de s'étonner ; *"Ces quelques décisions mal étiquetées le plus souvent forment ce que l'on appelle, avec une pompe un peu trop solennelle, la jurisprudence ; et, de cette jurisprudence des auteurs modernes extraient les principes juridiques d'après lesquels les tribunaux doivent juger les cas identiques ou similaires. Mais que diriez-vous en matière de sciences naturelles d'un procédé d'expérimentation semblable ? Que diriez-vous d'un savant qui raisonnerait sur un organisme avant de s'assurer qu'il est bien complet ou sur des faits sans avoir au préalable la garantie que rien de lui a échappé pendant la période d'expérimentation, et pour ainsi dire pendant toute la durée de la clinique ?"* (70).

Pour ériger les décisions en jurisprudence, il fallait les épurer de ce qu'elles pouvaient avoir de contingent, il fallait les sélectionner, car, disait-on, tout n'était pas bon ni valide. Mais ainsi une telle opération renvoie nécessairement, tôt ou tard, le juriste à la question de la complétude des sources et le confronte à la difficile mission de leur critique et de la détermination de leur statut. D'une certaine façon, l'usage de la jurisprudence transforme le juriste en historien.

(69) G. Demaret, "La Jurisprudence", *Journal des Tribunaux*, 1886, col. 337-343.
(70) Loc. cit., col. 339-340.

APERÇU BIBLIOGRAPHIQUE

BACH Eugène Louis, V. *Jurisprudence* in Dalloz, Répertoire de droit civil, t. 5.

GODDING Philippe, *"L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans les Pays-Bas Méridionaux (XIIIe-XVIIIe siècles)"* Rapports belges au VIIIe Congrès International de droit comparé, Bruxelles, 1970, pp. 5-37.

GODDING Philippe, *"Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen Age à la fin du 18e siècle"* in La motivation des décisions de justice, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1978, pp. 37-67.

GRZEGORCZYK Christophe, *"Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ?"*, Arch. de Philo. du droit, 1985 (t. 30 - La jurisprudence), pp. 35-52.

LEGROS Robert, *"Considérations sur les motifs"* in La motivation des décisions de justice, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1978, pp. 5-22.

LOMBARDI VALLAURI Luigi, *"Jurisprudence"*, Arch. de Philo. du droit, 1990 (t. 35 Vocabulaire fondamental du droit), pp. 191-204.

MERLIN, Répertoire, V. *Arrêt.* t. 2 1825 et V. *Autorités* eod. loc.

MEYNIAL Ed., *"Les recueils d'arrêts et les arrêtistes"* Livre du Centenaire du Code civil, vol. 1, 175-204.

Pandectes belges, Verbo *Autorité* et Verbo *Jurisprudence* (t. 57)

PERREAU E.-H., Technique de la jurisprudence en droit privé, Paris, 1923 (2 vol.).

PROUDHON, *"De l'autorité des jugements et des arrêts"* B.J. 1887, col. 1135 (extrait de la Préface du Traité des droits d'usufruit, d'usage etc).

SALUDEN Marianne, *"La jurisprudence, phénomène sociologique"*, Arch. de Philo. du droit, 1985 (t. 30 - La jurisprudence), pp.

SAUVEL Tony, *"Histoire du jugement motivé"*, Revue du droit public, 1955, pp. 5-53.

SAUVEL Tony, *"Essai sur la notion de précédent"*, Dalloz, 1955, Chron, p. 93

van de KERCHOVE Michel, *"Jurisprudence et rationalité juridique"*, Arch. de Philo. du droit, 1985 (t. 30 - La jurisprudence), pp. 207-242.

VANWELKENHUYZEN A., *"La motivation des revirements de jurisprudence"* in La motivation des décisions de justice, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1978, pp. 251-286.

VUILLIERME J.-L., *"Les anastomoses du droit. (Spéculation sur les sources du droit"*, Arch. de Philo. du droit, 1982 (t. 27 - Les sources), pp. 5-21.

WARLOMONT René, *"L'autorité du précédent judiciaire dans la jurisprudence de la Cour de Cassation en Belgique et en France"* Ann. Dr. et Sc. pol. (Ann Louvain), t. XI, pp. 68-81.

WROBLEWSKI Jerzy, *"Motivation de la décision judiciaire"* in La motivation des décisions de justice, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1978, pp. 111-135.

R.R.J. 1993-4
Pages 1293 à 1311

RAPPORT DE SYNTHÈSE

NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

Par

Paul ORIANNE
Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain (Belgique)

INTRODUCTION

Dans la conclusion de son rapport de synthèse au IIème Congrès international de méthodologie juridique, le juge P. Martens s'exprimait comme suit : *"On n'arrivera probablement jamais à extirper de l'acte de juger sa part d'inexplicable, de passionnel, d'humain. Mais c'est le ravaler à une fonction magique, sentimentale et finalement totalitaire que de l'accomplir dans le désordre des impressions et dans l'obscurité des postulats. C'est le travail préparatoire de sa propre activité que le juge doit divulguer, expliquer, classer et justifier. N'ayant plus le secours d'une révélation sûre, d'une législation claire et d'un prestige incontesté, c'est par la validité de ses méthodes qu'il rendra ses décisions légitimes. C'est une méthodologie rigoureuse qui le prémunira le plus sûrement contre les travers de l'arbitraire sauvage"* (1).

Par là s'achevait un ensemble de travaux voués à la découverte du rôle joué par les objectifs de la loi au moment de son application par le juge.

Aujourd'hui, il me faut, dans la même ligne, faire le compte des études savantes et des exposés magistraux qui ont été consacrés, dans le cadre du IIIème Congrès international, à cet aspect de l'activité du juge qu'on appelle *la jurisprudence*. Faire le compte du travail accompli, mais aussi tenter d'en présenter une vue d'ensemble en se donnant les moyens d'apprécier dans quelle mesure la connaissance du sujet exploré a évoluée et la manière dont les divers apports scientifiques dont il a bénéficié peuvent contribuer à en expliciter la structure.

Pour ce faire, il m'a fallu m'éloigner quelque peu de l'ordre imposé au programme du Congrès pour suivre un plan de travail directement en rapport avec les réalités observées.

---

(1) Association internationale de méthodologie juridique, 1992, Bruxelles, Story-Scientia, p. 286.

Il s'agira, en premier lieu, de préciser ce qu'on entend -ou peut entendre- par *"jurisprudence"*.

Ensuite, de rendre compte des enseignements dégagés de l'observation des pratiques.

Dans un troisième temps, trois problèmes majeurs devront être abordés, à savoir : l'encadrement juridique de l'action jurisprudentielle, les justifications données à l'autorité du précédent et les conditions de son efficacité.

Au terme de cet itinéraire, le rapport s'achèvera sur quelques considérations critiques et une réflexion sur l'apport méthodologique du Congrès.

I - NOTION DE LA JURISPRUDENCE

C'est probablement l'étude de Régine Beauthier (2) qui met le mieux en évidence le caractère parfaitement polysémique du terme "jurisprudence".

Ce caractère s'affirme sur différents plans.

D'abord, parce qu'il n'est pas certain que le terme s'applique -partout et toujours- au seul domaine des décisions de justice, comme nous venons de le laisser entendre. Au contraire, on ne peut qu'être séduit par l'étude que M. A. Delcamp a intitulée *"Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français"*, où il s'agit d'une *"auto-jurisprudence"* mise en oeuvre par le pouvoir législatif lui-même et dont l'un des traits est de rester largement non écrite.

Cette espèce de jurisprudence s'inscrit assez nettement en opposition avec trois au moins des acceptions générales du terme étant *:"un ensemble de décisions de justice prononcées pendant une certaine période dans une matière juridique ou dans l'ensemble du droit"*, ou *"ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit", soit encore "une personnification de l'action des tribunaux"* (3).

La proposition de A. Delcamp se concilie mieux, en revanche, avec les autres sens que peut prendre le terme, à savoir, toujours selon la même source : *"Habitude de juger dans un certain sens et lorsque celle celle-ci est établie ... résultat de cette habitude"* - ou *"Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridictions à juger dans tel sens"*. Enfin, tout simplement, *"Pratique judiciaire"* (4).

Ici, la jurisprudence parlementaire a en commun avec la jurisprudence judiciaire d'évoquer la constitution d'une règle par le système de la reproduction d'un précédent, à telle enseigne que, non sans un certain paradoxe, il y va, de la part de l'autorité législative, d'un comportement présentant au moins d'évidentes analogies avec celui du pouvoir judiciaire.

Pour le reste, on tombera sans doute d'accord pour considérer que la jurisprudence s'exprime, se manifeste, par des *décisions* et que celles-ci peuvent faire l'objet de plusieurs types d'observations : *"Une décision judiciaire est à la fois susceptible d'être un modèle à suivre, une source d'inspiration pour ceux qui ont fonction de participer au mécanisme judiciaire, et un objet d'étude sur lequel peuvent se pencher ceux qui s'intéressent au phénomène du droit. Le recueil d'arrêts a pour vocation de fournir des matériaux aux deux catégories (qui ne sont pas bien sûr, exclusives l'une de l'autre)... D'une part, on insiste sur la quantité des décision publiées pour offrir aux praticiens un champ d'investigation large et satisfaisant... De l'autre, on sélectionne ces mêmes décisions au nom d'une oeuvre théorique qui*

(2) "Jurisprudence et histoire du droit. Considérations limitées et quelque peu impressionnistes en histoire du droit belge et français".

(3) Voy. Gérard Cornu, "Vocabulaire juridique", V° Jurisprudence, P.U.F. 1987 ; voy. aussi, par A. Tunc, le V° Jurisprudence dans l'Encyclopaedia Universalis.

(4) Op. cit.

insiste sur la pureté du droit et du principe, dégagée du fait et de l'espèce et conforme au progrès de la science du droit" (5).

Si nous nous référons aux documents explicitant le thème du Congrès, c'est apparemment cette deuxième acception de la jurisprudence qui devrait retenir prioritairement notre attention. Dans ces documents, on lit notamment ce qui suit : *"La jurisprudence est une composante des sources du droit, même s'il y a des controverses sur son autorité"* ou encore, ... *"C'est ainsi que tout doit être ramené* sous *le processus de transformation de simples décisions de justice en véritables normes juridiques".*

Cette option sert, au demeurant, la cause de la méthodologie juridique, dans la mesure où elle met l'accent sur les caractéristiques formelles de la production des règles de droit par le juge.

C'est, enfin, l'objectif qui se dégage des rapports par lesquels les Professeurs Bergel, Président de l'association et El Hatimi, cheville ouvrière de ce Congrès, ont introduit et défini notre objet d'étude.

Acceptons donc de trouver là l'axe central autour duquel doit s'articuler notre démarche, même si celle-ci, comme y invitait notamment la deuxième partie du programme du Congrès, est appelée à s'enrichir des apports provenant d'autres approches telles que celle, plus philosophique de la décision judiciaire, par le Professeur Petev (6) Ou celle, historique, de M. Bischoff (7), ou encore celle du Professeur Drissi Alami traitant des incidences du droit international sur l'élaboration de la règle interne (8).

II - L'OBSERVATION DES PRATIQUES

A la lecture des études présentées au Congrès, on mesure tout à la fois l'ampleur et la diversité des modes de solution des conflits par le jeu de ce que l'on appelle la jurisprudence, entendue, rappelons-le, au sens de *"précédent judiciaire".*

Certains rapports s'attachent à faire voir le rôle joué par la jurisprudence dans un contexte économique ou politique déterminé, ou dans des matières particulièrement sensibles. D'autres analyses, partant de l'observation de certaines pratiques judiciaires, mettent au jour les mécanismes par lesquels et les conditions dans lesquelles une règle jurisprudentielle peut émerger.

1) En procédant à l'étude de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans la matière du droit de la concurrence, le Professeur Intzessiloglou fait ressortir la manière dont la jurisprudence répercute les influences multiples dont une notion juridique de base (ici l'entreprise) peut être l'objet de la part du ou des systèmes auxquels elle appartient et de son environnement (9). De son côté, le Professeur Kozyris examine le problème de la juridicité (justiciability) des droits économiques et sociaux au regard des clefs habituelles d'analyse au contentieux des droits civils et politiques (10), tandis que M. Ekelmans met en évidence la manière dont la Cour de Justice des Communautés européennes a, par sa jurisprudence, étendu le filet protecteur des droits de la défense dans l'application de

(5) R. Beauthier, op. cit.
(6) Valentin Petev, "La jurisprudence et la philosophie du droit" (Thèses).
(7) D. Bischoff, "Current Methodological Tendencies in German Court Decision-Making".
(8) M. Drissi Alami, "L'influence du droit international sur l'élaboration de la norme juridique interne".
(9) Rapport intitulé : "L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel : un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés européennes" (Voy. notamment la section 2).
(10) "The Lack of Justiciability as a problem in Recognizing Social an Economic Rights".

la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (11).

Pour les Professeurs T. Gizbert-Stutnicki et Zygmunt Ziembinski, il s'agit de montrer, par l'exemple polonais, comment la jurisprudence peut contribuer à la transformation du droit dans un contexte politique lui-même marqué par le changement (12). Cette analyse recoupe, au moins partiellement, celle de M. Dirk Bischoff qui relève l'existence, en Allemagne, d'une pluralité de pratiques interprétatives, selon la discipline juridique en cause et le niveau (sub-national, national, supra-national) auquel les problèmes à régler sont posés (13).

2) Sur les conditions et les causes de l'apparition d'une règle jurisprudentielle, deux études apportent de précieux éclaircissements.

a) La Cour d'arbitrage, en Belgique, est une juridiction constitutionnelle de création récente. Il lui revient notamment de statuer sur les conflits qui peuvent surgir entre les diverses entités exerçant un pouvoir de nature législative ainsi que sur la violation par la loi de certaines dispositions constitutionnelles dont, notamment, la règle de l'égalité.

En procédant à l'examen des arrêts rendus depuis 1985 par la Cour d'arbitrage, le Professeur Simonart (14) constate l'utilisation systématique par la Cour de diverses techniques de nature à donner à certains arrêts les qualités nécessaires pour qu'ils puissent constituer un *précédent*. Il y va de la répétition systématique de formules générales et abstraites, de la motivation par renvoi à des décisions antérieures, des réponses abstraites données à des questions préjudicielles très *"ciblées"*...

Plus prudente apparaît la position adoptée par la Cour de Justice des Communautés européennes dont les arrêts sont évoqués par O. De Schutter dans son rapport (15). On y relève notamment, sous la plume de l'avocat général Warner, la critique d'un arrêt invoqué à titre de précédent dont il s'agit, selon lui, de ne pas répéter l'erreur étant d'avoir été rédigé en termes *beaucoup plus larges que nécessaire* (16).

b) L'étude par F. Leurquin-De-Visscher du revirement opéré par la Cour de cassation de Belgique, à propos de la responsabilité de l'Etat du chef des magistrats, lui donne l'occasion de mettre au jour ce qui constitue le processus d'un tel revirement ainsi que les conditions nécessaires à sa réalisation (17).

Elle relève tout d'abord que, dans une matière aussi sensible, il faut que l'innovation puisse bénéficier d'un courant d'opinion favorable et d'un appui dans le chef de la doctrine.

Il faut ensuite, qu'elle ait lieu à propos d'un cas digne de servir de modèle.

La décision doit encore être libellée en des termes propres à convaincre ses lecteurs de son bien-fondé et de son aptitude à s'insérer, de façon cohérente, dans l'ordre juridique positif.

---

(11) "Le rôle de la jurisprudence dans la promotion des droits de la défense dans la matière des conflits de juridiction : l'exemple de l'article 27, 2° de la Convention de Bruxelles".
(12) "Le role de la jurisprudence dans la transformation du système juridique polonais contemporain".
(13) Op. cit.
(14) "La jurisprudence constitutionnelle en Belgique".
(15) "Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolùtions juridiques".
(16) Cour de Justice des Communautés européennes, 17 octobre 1990, (aff. 10/89).
(17) "Histoire d'un revirement - à propos de la responsabilité de l'Etat du chef des magistrats".

Il faut enfin que la rédaction de la décision mette clairement en évidence son ambition normative et sa vocation à servir de modèle à une série de décisions futures.

Bien que, en l'espèce, ces différentes conditions lui paraissent avoir été réunies, Mme Leurquin se refuse toutefois à considérer que l'arrêt de la Cour de cassation qu'elle étudie comporte déjà une *règle jurisprudentielle*. Seule la reprise en compte de l'enseignement qu'il contient, dans les décisions ultérieures de la Cour elle-même ou des juridictions sur lesquelles elle exerce son contrôle, pourra lui conférer cette valeur.

III - L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ACTIVITÉ JURISPRUDENTIELLE

L'examen du statut de la jurisprudence dans les divers ordres juridiques permet de repérer, à l'intérieur de ceux-ci, la présence de dispositions de nature légale, ou coutumière, qui sont à l'origine de l'activité jurisprudentielle ou exercent sur celle-ci une action stimulante. Certaines de ces dispositions ont un effet -en quelque sorte *"a priori"*- sur l'aptitude de la décision de justice à exprimer une règle ayant valeur de précédent; d'autres agissent a posteriori sur la manière dont le précédent peut ou doit être reçu dans un processus décisionnel ultérieur.

a) Dans tous les systèmes politiques fondés sur la séparation des pouvoirs, il existe une règle -ou un principe général- selon laquelle l'intervention par voie de disposition générale est réservée à la loi et interdite au juge. C'est ce qu'exprime notamment la règle inscrite à l'article 5 du Code Napoléon.

Sans doute, de prime abord, cette règle semble-t-elle devoir jouer à l'encontre plutôt qu'en faveur de l'hypothèse d'un pouvoir normatif quelconque dans le chef du juge. Mais, précisément, en lui interdisant de se livrer à une telle activité, la règle l'oblige à n'agir que dans le cadre du pouvoir qui est le sien, c'est-à-dire celui de la décision particulière. Et si, pour les besoins de celle-ci, une norme doit être élaborée, elle ne pourra atteindre à la généralité que par la vertu de décisions ultérieures qui en auront reconnu la valeur. Si donc il existe des règles jurisprudentielles, elles sont d'une tout autre nature que celles en lesquelles s'exprime le pouvoir de la loi.

Mais, bien entendu, ce n'est qu'en combinaison avec d'autres directives, -dont nous allons parler- que l'interdiction faite au juge de statuer par voie générale peut contribuer à fixer le cadre de l'activité jurisprudentielle.

b) L'obligation faite au juge de statuer nonobstant les insuffisances et contradictions de la loi, et l'obligation de motiver ses décisions sont, à toute évidence, de nature à jouer un rôle important dans l'apparition de la règle jurisprudentielle. Elles obligent en effet le juge à s'aventurer dans le domaine de la production des règles et à compléter ainsi l'oeuvre imparfaite du législateur. Il y va là d'un acte créateur, quel que soit le statut qu'on lui reconnaisse.

L'obligation faite au juge de motiver sa décision implique par ailleurs qu'il qualifie le fait en litige et désigne la règle qui va lui permettre de trancher. Or, dans l'hypothèse d'une lacune de la loi, la règle reste à inventer. Observons à ce propos, avec le Professeur Pedrot l'importance que peut parfois présenter ce qui est appelé pudiquement *"lacune"* lorsque sont en jeu, par exemple, des questions majeures touchant la personne humaine et sa descendance (18).

(18) Ph. Pedrot, "Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de droit de la famille, spécialement en matière de procréation assistée et de filiation".

c) Plus délicates à analyser sont les règles selon lesquelles le juge (second) est peu ou prou *obligé* de tenir compte de ce que d'autres juridictions (ou lui-même) ont antérieurement décidé.

Le *droit anglo-saxon* a ici valeur de paradigme ; les décisions prises par la juridiction supérieure y constituent autant de précédents qu'elle même et les juridictions inférieures sont tenues de suivre ; il fut même un temps, pas très éloigné, où la Chambre des Lords s'estimait personnellement liée par ses décisions antérieures (19).

Sur ce point, toutefois, nous ne saurions taire la mise au point du Professeur H.P. Glenn (20) qui nous rend attentif à la possibilité d'une surévaluation de la règle *"stare decisis"* dans la common law. De son côté, le Professeur Y. Taniguchi (21) a mis clairement en évidence les excès auxquels peut conduire un recours sans nuance au précédent.

Dans *les droits continentaux*, la présence d'une Cour suprême, ou Cour de cassation, chargée de se prononcer sur les violations de la loi reprochée aux juges du fond fait de celle-ci la gardienne de la légalité. C'est dire que ses arrêts sont des précédents d'une qualité particulière. A la limite, c'est un acquiescement servile qui est requis du juge second. En France comme en Belgique, lorsque, après une cassation, la deuxième décision au fond est attaquée pour les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi, la cause est portée devant l'assemblée plénière de la Cour. Si la deuxième décision est cassée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le juge du fond à qui l'affaire est renvoyée se conforme à la décision de la Cour de cassation, sur le point de droit jugé par elle. (Code judiciaire français, article 131.4 ; Code judiciaire belge, article 1119 et 1120).

Il n'est pas sans intérêt d'observer que, en pareil cas, en Belgique, le procureur général près la Cour de cassation transmet les décisions rendues au Ministre de la Justice qui, chaque année, en fait rapport aux Chambres (22).

Face à de telles hypothèses, on est toutefois conduit à se demander si l'on se trouve encore, réellement, en présence d'une expression jurisprudentielle du droit et d'une autorité exercée par le truchement d'un précédent.

Le paradoxe que O. De Schutter a mis en lumière est que le précédent ne constitue *comme tel* un objet possible d'observation que dans la mesure où il exerce, en tant que tel, une influence sensible sur le juge second tandis que, si cette influence est trop forte, on se trouve en présence d'une compétence liée dans le chef du juge, dont le rôle devient celui d'un simple exécutant.

"L'on ne peut en effet parler de précédent que lorsque le juge qui se sent lié par une solution antérieurement dégagée se trouve sous l'obligation de déférer au précédent alors même qu'il se sent en désaccord avec la solution que le précédent propose. En effet, dans l'hypothèse inverse -le juge s'en réfère à une cause antérieure simplement pour donner davantage de poids à une solution qu'il estime de toute façon adéquate-, il n'y a pas à proprement parler précédent, c'est-à-dire émergence d'une règle de droit s'imposant à lui en dépit de ses convictions intimes.

Plus exactement, la seconde hypothèse est contenue dans la première, et l'étude de celle-ci permet, seule, de comprendre celle-là: comment en effet imaginer

(19) En 1966, une déclaration du Lord Chancelier a fait savoir qu'à l'avenir la Chambre des Lords pourrait renoncer à appliquer la règle lorsque des considérations pressantes lui paraîtraient le demander dans l'intérêt de la justice (Voy. R. David, "Les grands systèmes de droit contemporain", 6ème éd., Paris, Dalloz, 1974, n° 337).

(20) "Sur l'impossibilité du stare decisis".

(21) "Interpretation of precedents in the area of procedural law ".

(22) Code judiciaire, art. 1121 ; pour la France, voy. J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1989, n° 62.

qu'un juge donne davantage de poids à ses jugements par la référence à des causes antérieures sans que ces causes aient une autorité propre à elles, donc avant que le juge ait formé sa conviction ?" (23).

Une analyse du jeu du précédent postule ainsi la prise en compte particulièrement attentive *du contexte juridictionnel qui est le sien.* Entre les positions extrêmes que nous avons rencontrées, quantité de situations intermédiaires peuvent se présenter, de nature à agir sur la valeur propre du précédent. Cette action peut être directe, ou simplement indirecte, lorsque, par exemple, elle a pour effet de rendre opportune, ou souhaitable, l'adoption par le juge second de la règle découlant du précédent (cas de la juridiction du premier degré face à une décision antérieure de la juridiction d'appel, par exemple).

Il est intéressant d'observer à ce propos la manière dont il arrive aux autres sources du droit positif de reconnaître la valeur propre des règles jurisprudentielles.

La procédure du *"pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi"* me semble, de ce point de vue, particulièrement significative. Il s'agit du pouvoir conféré au procureur général près la Cour de cassation de se pourvoir contre toute décision contenant violation de la loi, même lorsque les parties ont laissé s'écouler, sans agir, le délai dans lequel elles pouvaient saisir la Cour. L'important est ici que, si une cassation intervient, elle est sans effet sur la situation des parties ; celles-ci ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée (24).

L'objet propre de cette procédure -et elle n'en a point d'autre- est d'éviter que la décision ainsi attaquée puisse *constituer un précédent* (25).

D'autres cas de reconnaissance implicite de la valeur propre de la jurisprudence s'observent en droit international. On sait que l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice cite parmi les dispositions dont la Cour fait application : *"d) sous réserve de la disposition de l'article 59 ("La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé"), les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit".*

La mise en parallèle de la jurisprudence et de la doctrine, comme aussi le caractère "auxiliaire" qui leur est attribué sont de nature à fonder l'opinion selon laquelle la jurisprudence ne bénéficierait pas, en droit international, de l'autorité qui en ferait une véritable source de droit (26).

La pratique connaît en revanche des cas dans lesquels la jurisprudence bénéficie d'un traitement plus favorable. Ainsi en va-t-il du projet d'accord international portant création de l'Espace économique européen. Son article 111 charge en effet le comité mixte qu'il institue de régler tout différend qui porte sur l'interprétation et l'application de l'accord, y compris, selon l'article 105, § 3 *"les différends qui portent sur une divergence de jurisprudence et qu'il n'a pu résoudre conformément à la procédure prévue par ce dernier article"* (voy. à ce propos l'avis 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes, rendu sur la base de l'article 228, § ler, 2ème alinéa du traité C.E.E.).

On rencontre, de même, dans les conventions relatives à l'entraide judiciaire, des dispositions par lesquelles les parties contractantes s'engagent à se communiquer

(23) Op. cit., (polycopié), p. 3, note 2 ; voy. à ce propos J.-A. Jolowicz, "La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent", Archives de Philosophie du droit, tome 30, "La jurisprudence", pp. 105 et s. (spécialement p. 112).
(24) Pour la France, voy. l'art. 17 de la loi du 3 juillet 1967 ; pour la Belgique, les art. 612, 1089 et 1090 du Code judiciaire.
(25) Voy. notamment A. Fettweis, A. Kohl et G. de Leval, "Droit judiciaire privé", fasc. I, 5ème éd., Presses universitaires de Liège, 1980, n° 149.
(26) Voy. l'étude de Moustapha Sourang intitulée "La jurisprudence et la doctrine", in "Droit international. Bilan et perspectives", tome I, Paris, Pedone, 1991, pp. 2ss et s.

des informations sur les lois et *les décisions de jurisprudence* (voy. par exemple la Convention signée à Bucarest le 3 octobre 1975 entre le Royaume de Belgique et la République de Roumanie, article 16 ; la Convention Belgo-marocaine du 30 avril 1981, article 17, et la Convention entre la Belgique et la Tchécoslovaquie du 15 octobre 1984, article 15).

Tous ces textes me semblent manifestement comporter une reconnaissance de la jurisprudence comme source autonome du droit.

IV - LES JUSTIFICATIONS THÉORIQUES DE L'AUTORITÉ DU PRÉCÉDENT

En faisant abstraction du jeu possible des moyens de pression qui peuvent assurer l'efficacité du précédent, il est permis de se demander ce qui peut *justifier* ou expliquer celle-ci.

O. De Schutter fait état, dans son rapport (27) de quatre arguments traditionnellement avancés en faveur du recours du précédent, pour en conclure qu'aucun d'eux n'est convaincant et ne paraît en mesure de justifier le réconfort que plaideur et décideur semblent y puiser.

- ***L'égalité devant la loi*** plaide assurément en faveur de l'application d'une même solution à des litiges semblables, qui se succèdent dans le temps. Mais l'argument n'échappe pas à l'objection selon laquelle la norme découlant du précédent peut difficilement s'imposer au seul titre de l'égalité: et si elle s'impose en raison de sa conformité à la loi et à l'équité, ce n'est plus à proprement parler en fonction de sa qualité de précédent qu'elle opère.

- L'argument déduit ***des attentes légitimes des justiciables*** a été clairement mis en vedette par la Cour de justice des Communautés européennes. Il repose sur le besoin de sécurité des citoyens et la nécessité qui s'en dégage de pouvoir prévoir les solutions que le juge adoptera en cas de litige. Pour O. De Schutter, la difficulté est la même que dans le cas du principe d'égalité. Le problème est celui du conflit possible entre les exigences de la justice et celles de la sécurité telles que les a notamment évoquées le Professeur Visintini. En outre, il peut exister des situations dans lesquelles il est possible au juge de rencontrer les attentes légitimes des plaideurs sans nécessairement reproduire la solution du précédent.

- Qu'en est-il de l'argument dit ***d'efficacité*** selon lequel la reproduction du précédent serait une manière économique d'utiliser les ressources judiciaires ? A moins d'accepter l'idée que toute acquisition jurisprudentielle constitue en elle-même un progrès, et est donc bonne en soi, il restera toujours à expliquer comment une solution médiocre ou franchement mauvaise devrait être acceptée au seul titre de son antériorité (28).

- Un quatrième argument, tiré du ***principe de la séparation des pouvoirs*** est parfois invoqué par les partisans du précédent en droit européen. En suivant la règle du précédent, le juge constitutionnel affirmerait son sens de l'objectivité et son respect de l'oeuvre du constituant, renforçant ainsi sa propre légitimité. L'argument ici est à double tranchant, comme l'expose l'auteur du rapport dont il est ici question. Il aboutit à reconnaître au juge premier saisi une prérogative

(27) "Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques".
(28) Op. cit.

qui est refusée au second. Quant au principe de la séparation des pouvoirs, il peut jouer tant en faveur qu'en défaveur du recours au précédent, selon l'angle par lequel on décide de l'approcher (29).

--*-*

La discussion dont j'ai évoqué ci-dessus les principaux enjeux a le mérite de nous faire voir la difficulté de fonder sur des arguments décisifs la légitimité du recours au précédent. Avant d'y renoncer, il y a lieu cependant d'être attentif à la vision dichotomique du droit qui est sous-jacente à certains arguments et mérite à son tour d'être soumise au feu de la critique.

Est-il bien exact de dire, par exemple, que le juge, pour se soumettre à l'autorité du précédent, est obligé de faire le sacrifice d'une autre solution qui, à défaut de précédent, lui eut paru plus conforme aux exigences de la justice ?

N'est-ce pas verser dans une conception manichéenne du droit et méconnaître le fait que, dans les états d'incertitude dans lesquels le juge se trouve fréquemment plongé, il n'y a pas, souvent, deux solutions opposées, l'une bonne et l'autre mauvaise, mais deux manières de raisonner la solution entre lesquelles il faut choisir, ce qui explique notamment la possibilité qui est donnée aux juges, dans certaines juridictions, d'émettre des opinions de minorité (30).

Le premier mérite de la règle de droit est d'exister, de procurer *une* solution là où, avant elle, il n'y en avait pas. De ce point de vue, la règle jurisprudentielle peut se comparer à la règle légale.

Dans de nombreux cas, le précédent intervient pour mettre fin à une situation d'incertitude et faire finalement pencher d'un côté les plateaux d'une balance *également chargés* (31).

Sa valeur est celle d'une doctrine, mais une doctrine élaborée au contact d'une réalité, affinée au cours d'un débat et exprimée par une autorité investie publiquement du pouvoir de la formuler. On lira avec intérêt, à ce propos, les observations judicieuses de Mme Frison-Roche sur les aspects sociologiques du jugement (32).

--*-*

Parmi les tentatives récentes d'explication du phénomène normatif que constitue la jurisprudence, épinglons encore celle de Philippe Jestaz qui propose de considérer l'autorité qui s'attache aux décisions de la jurisprudence comme procédant de leur reconnaissance, *"sorte de ratification spontanée par la communauté des juristes"* (33).

Mais, comme l'indique très justement l'auteur lui-même, il reste alors à expliquer quels sont la nature et le contenu de cette reconnaissance. S'agit-il d'une influence procédant du *prestige de la juridiction* émettrice de la règle nouvelle ? Le Professeur Jestaz est porté à le croire, tout en admettant que ce seul facteur ne suffit pas à tout expliquer (34).

---

(29) Op. cit.
(30) L'indication de l'avis contraire du Ministère public ou de l'Auditorat va dans le même sens. Sur le fait que la réformation d'une décision en degré d'appel n'implique pas que l'appréciation des faits du premier juge serait fautive, voy. Liège, 28 janvier 1993, J.T. 1993, p. 477.
(31) Voy. à ce propos les observations de Frédéric Zenati dans son excellent ouvrage sur le sujet qui est aussi le nôtre ("La jurisprudence", Dalloz, 1991), spécialement p. 163.
(32) Voy. son rapport intitulé "L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence".
(33) "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", D. et S. Chron. 1989, p. 153 ; voy. aussi "La jurisprudence ; réflexions sur un malentendu", D. et S. Chron. 1987, p. 14.
(34) Op. cit., 1987, p. 15.

V - LES CONDITIONS DE L'EFFICACITÉ DU PRÉCÉDENT

Comme l'a justement relevé le Professeur Bergel, dans son rapport introductif, le droit d'origine jurisprudentielle se forme par un double mouvement: de généralisation, d'une part, de sédimentation, d'autre part.

Ne participent toutefois à cette élaboration que les décisions présentant certaines qualités sur lesquelles il me paraît important de revenir.

La première a trait aux termes dans lesquels la décision originaire est prononcée. Elle doit être formulée dans un langage clair et précis, d'une manière qui rende apparente sa prétention à la généralité.

La seconde tient au degré de publicité qui lui est donné.

A ces deux conditions, on ajoute parfois celle d'une *application répétée*. Si celle-ci est nécessaire à l'apparition de ce qu'on appelle une jurisprudence *constante*, il n'en demeure pas moins qu'un seul arrêt, surtout s'il émane de la Cour suprême, peut s'imposer avec une incontestable autorité dès qu'il vient à être connu. De même, dans le système de la common law, l'obligation de respecter le précédent n'existe qu'à l'égard des décisions des juridictions supérieures à celles où siège le juge. Mais l'obligation existe de façon plénière à l'égard d'un seul précédent.

a) Nous avons vu comment, en Belgique, la Cour d'arbitrage a développé une véritable politique jurisprudentielle, en prenant soin notamment de rédiger les règles inspirant ses arrêts en une forme propre à leur assurer le statut de règle jurisprudentielle (35).

De son côté, Philippe Jestaz, dans son étude déjà citée intitulée *"La jurisprudence, ombre portée du contentieux"*, fait état de la politique suivie par la Cour de cassation de France et par chacune de ses chambres, concernant le sort qu'elles entendent réserver à leurs arrêts. Selon lui, il arrive par exemple que la Cour, en vue d'éviter qu'un arrêt ne fasse jurisprudence *"trempe sa plume dans une encre particulièrement bourbeuse, par crainte qu'un nigaud de professeur ne s'avise de rédiger un commentaire et, bien entendu, l'arrêt ne sera pas publié au Bulletin"* (36).

S'appuyant sur l'opinion de J. Derrida, O. De Schutter décrit comme suit l'opération par laquelle se réalise, d'un juge à l'autre, la transmission jurisprudentielle : *"Entre le juge premier et le juge second, le précédent suppose ... qu'une communication ait lieu ... qui s'effectue par le médium d'une écriture dont il est entendu qu'elle opère représentation d'un sens ..."*. Cette image du transport indique combien essentielle, dans l'écriture en général et dans l'utilisation de l'écriture du juge premier comme précédent en particulier devient la propriété d'*"itérabilité"*. Elle suppose que l'écrit reste lisible malgré la suppression de tout destinataire déterminé (37).

S'agissant d'un acte de langage performatif, la conscience qu'en a son auteur en est un élément essentiel : *"A cause précisément de l'absence de référent extérieur qui le caractérise, le vouloir dire de l'énonciation est alors critère de sa force performative"* (38).

Ici encore, le droit continental et celui de la common law divergent. Celle-ci ne retient en effet du précédent que la *ratio decidendi*, c'est-à-dire le raisonnement essentiel de la décision, indépendamment de sa formulation. Au contraire, dans les systèmes de droit légaliste, l'autorité du précédent sera mieux assurée lorsque son

(35) Voy. l'étude précitée de H. Simonart sur "La jurisprudence constitutionnelle en Belgique".
(36) D. et S. Chron.1989, p. 152.
(37) Op. cit. (Polycopié, section III, pp. 36-37).
(38) Op. cit., p. 37, note 5.

expression aura réussi à emprunter le langage de la loi. En allant jusqu'au bout des choses, je serais même tenté de dire qu'en droit continental, la formulation du précédent appartient au premier juge alors qu'elle revient au second dans le système de la common law.

b) La transmission de la norme jurisprudentielle ne se réalisant pas, sauf de rares exceptions, par la voie d'une communication directe et personnelle entre les juges intéressés, se pose en la matière le problème capital de la médiatisation de la transmission.

Dans la majorité des cas, la publication des décisions *"de jurisprudence"* relève de l'initiative privée. Des exceptions sont relevées, notamment en France et en Belgique, pour ce qui regarde les arrêts de la Cour de cassation, publiés à l'intervention de la Cour elle-même, dans un bulletin ad hoc et, en Belgique, les arrêts de la Cour d'arbitrage publiés au journal officiel (le Moniteur belge). Dans une étude au titre révélateur, *"La non-publication des décisions de justice"*, André Dunes, rédacteur en chef des éditions Dalloz, observe : *"Souffrant de maintes infirmités, la jurisprudence présente un vice -certes non congénital, ni rédhibitoire- mais dont les conséquences sont graves. Elle est très mal connue, parce qu'elle n'est pas systématiquement publiée. C'est du moins ce qu'affirme une légion imposante de sévères censeurs. Ceux-ci fondent leur critique sur plusieurs arguments dont l'accumulation augmente le poids ; la publication est partielle, elle est incomplète et peu fiable"* (39).

En 1983, le nombre des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux français s'est élevé à 856.000. On peut estimer à 10 % la part de ces décisions présentant un intérêt pour la documentation et à moins de 5 % la part du total dont la publication a été assurée, à l'intervention de plus de 300 revues juridiques (40).

Et ceci n'est évidemment qu'un exemple.

Selon René David (41), les arrêts de la Chambre des Lords ne sont publiés qu'à concurrence de 75 % ; la proportion, de 25 % pour la Court of appeal, est de 10 % seulement pour les décisions de la High Court of Justice.

Dans un tel état de choses, force est de reconnaître que la jurisprudence publiée n'est qu'un reflet très partiel de l'activité judiciaire et que la production de règles de droit par ce canal est assez largement aléatoire. Ne parvient du juge premier au juge second que ce qu'en ont dit les revues que celui-ci a pu consulter, ou ce que les conseils des parties lui en ont fait connaître (42).

L'information judiciaire est ainsi filtrée deux fois : à l'amont et à l'aval. Elle l'est doublement à l'amont lorsqu'il est décidé de ne pas publier certaines décisions in extenso, et de n'en publier qu'un extrait ou un résumé.

Et si l'informatisation de la documentation juridique a fait naître de sérieux espoirs d'un progrès en la matière, sa réalisation n'ira pas sans d'importants investissements. Pour l'heure, comme le relève André Dunes, la recherche sur ordinateur *"ne donne pas de résultats entièrement probants en ce qu'elle ne garantit le chercheur ni contre la sur-information, ni contre la sous-information"* (43).

---

(39) Revue internationale de droit comparé, 1986, pp. 757 et s. On peut ajouter que la publication est souvent tardive.
(40) Loc. op. cit., pp. 762-765.
(41) "Les grands systèmes du droit contemporain", 6ème éd., 1974, n° 342.
(42) Sur le problème du recours aux décisions non publiées en droit anglais, voy. J.-A. Jolovicz, "La jurisprudence en droit anglais, aperçu sur la règle du précédent". Archives de philosophie du droit, 1982, pp. 105 et s. ; spécialement p. 115.
(43) Op. cit., p. 771 ; voy. aussi à ce propos Frédéric Zenati, "La jurisprudence", Dalloz, 1991, pp. 172 et s.

Reste à mettre au point la méthodologie d'une telle entreprise. A cet égard, les propositions formulées par le Professeur Frémont devrait retenir particulièrement l'attention (44).

VI - CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

Le moment me semble venu, sinon de conclure -le peut-on sur un sujet comme la jurisprudence ?- Tout au moins de tenter une synthèse des réponses qui peuvent être données aux principales questions abordées dans les travaux du Congrès.

Ces questions sont selon moi, de trois ordres, portant respectivement :

- sur la nature de la jurisprudence et ses rapports avec les autres modes d'expression du droit ;
- sur la légitimité du recours au précédent et l'autorité qui s'attache à celui-ci ;
- sur les qualités et défauts propres à l'action de la jurisprudence dans la vie juridique.

a) Nature de la jurisprudence

La thèse avancée en son temps par Marcel Planiol (45) selon laquelle le droit n'aurait que deux sources principales, à savoir la loi et la coutume -dont la jurisprudence serait l'une des formes- est aujourd'hui très largement abandonnée.

Les caractères attribués à la coutume (longue tradition notamment) ne se retrouvent ni dans la conception continentale, ni dans la conception anglo-saxonne de la jurisprudence, puisque, notamment, on accepte d'un côté comme de l'autre qu'une norme jurisprudentielle puisse procéder d'une seule décision de justice et exercer une influence dès la publication de celle-ci.

Par ailleurs, pour décider si la jurisprudence a ou non qualité de source du droit, il faut s'entendre sur la définition de celui-ci. Dans l'approche systémique proposée par le Professeur Intzessiloglou, le phénomène juridique s'identifie à toute régulation sociale qui est effectuée par la mise en relation de trois sous-systèmes étant :

- le sous-système des normes ;
- le sous-système des comportements ;
- le sous-système judiciaire (46).

Sans pousser aussi loin l'analyse, ne faut-il pas reconnaître que le droit ne saurait se confondre avec la loi à peine de récuser notamment toute la tradition de la common law ? Ne faut-il pas admettre aussi que, faute de mise en oeuvre par le juge, la loi peut parfois donner l'impression d'un discours vide, largement dépourvu d'effets ?

Ceci ne suffit pas cependant à justifier la thèse selon laquelle la jurisprudence serait *source* du droit. Il est possible, en effet, d'accepter que le juge produit du droit lorsqu'il applique la loi aux faits qui lui sont soumis, sans admettre pour autant que cette application soit autre chose qu'un *produit* du droit (ou du système juridique). On peut soutenir ainsi que l'acte du juge clôture le cycle de la production juridique. Loin d'être source du droit, il ne serait autre chose que le produit de celui-ci.

Cette manière de voir ne manque pas d'appui dans le droit positif. L'idée que l'acte du juge aurait une valeur, un effet, dans le futur, au-delà de l'espèce à laquelle il

---

(44) Voy. son rapport : "Problèmes de formalisation de l'évolution de la jurisprudence" ; voy. aussi le rapport de M.-F. El Bacha sur "Le paradoxe de la jurisprudence : reformulation et déplacement".
(45) "Traité élémentaire de droit civil", tome 1er, 1906, n° 10.
(46) Rapport intitulé : "L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel, un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés européennes" (Section 2.2).

a été appliqué se heurte de prime abord à la règle : *"Res judicata alios nec nocet nec prodest"*. La chose jugée ne profite ni ne nuit aux tiers. Le rôle du juge n'est pas d'inventer des règles mais de procurer une issue à des litiges. Il ne lui appartient pas de déborder de ce rôle en édictant des normes à portée générale qui s'imposeraient de quelque manière à d'autres qu'aux parties.

Ce raisonnement a le défaut de ne tenir compte que de l'acte du juge (premier), auteur potentiel d'une norme et non du juge (second) qui en ferait application à un autre litige et à d'autres parties. Considérée de ce point de vue, l'action propre de la jurisprudence apparaît marquée d'un caractère *rétroactif*. C'est par les usages ultérieurs qui en sont faits qu'une règle initialement appliquée par un juge acquiert un caractère "jurisprudentiel".

Ce n'est point à dire que, dans l'intervalle, il ne s'est rien passé, car l'éventualité d'une application par le juge second de la solution inaugurée par le juge premier a pu agir comme un facteur réducteur d'incertitudes sur les objets analogues à celui qui a été jugé.

Il faut à cet égard garder présent à l'esprit que, si l'application de la règle jurisprudentielle par le juge second est incertaine, il est en revanche certain que ladite règle a constitué la base de la solution juridique apportée par le juge premier au litige qui lui était soumis et qu'elle a de la sorte *"fait ses preuves"*.

C'est là qu'elle a acquis son caractère obligatoire (pour les parties) et donc son efficacité juridique. Elle est, pour cela, comme l'explique le Professeur N. Aliprantis, une norme qui pour être *"particulière"* n'en est pas moins une norme à part entière (47).

De là procède l'idée que deux des sens donnés au terme de jurisprudence désigne deux faces de la même chose. L'oeuvre du juge, d'une part, *dans ses effets* sur les parties litigantes, d'autre part dans son apport éventuel à la solution *d'autres litiges*, à l'intervention d'un autre juge. Autrement dit, ce serait parce que la règle issue du précédent a eu pour fonction première de contribuer à résoudre un conflit qu'elle bénéficierait d'un crédit d'aptitude à en résoudre d'autres. Ainsi, la règle produite par le précédent serait une règle *"qui a réussi"*.

b) Légitimité et autorité du précédent

Au contraire du système de la common law, les droits continentaux ne contiennent pas de règles générales faisant obligation au juge de respecter les enseignements découlant des décisions des juridictions supérieures, et a fortiori, de ses propres décisions.

Faut-il en conclure que, dans ces droits, le précédent n'a tout au plus qu'une autorité de fait, tenant essentiellement à la qualité du raisonnement qui en inspire la solution, et à la pertinence de celle-ci ?

Ce serait en somme le mettre à cet égard au même rang que la *doctrine*.

Entre la jurisprudence et la doctrine, il y a pourtant une importante différence. Elle tient tout à la fois au statut du juge et aux caractéristiques du système dans lequel il opère.

Il est important pour le juge de tenir compte de la jurisprudence parce que dans un état de droit il importe :

- de traiter les justiciables de façon égale ;
- de leur permettre dans toute la mesure du possible d'apprécier ce que sera la décision du juge en cas de procès ;

(47) Rapport intitulé : "La décision de justice en tant que norme et sa place dans la hiérarchie des normes".

- d'éviter les décisions contradictoires, génératrices de non-droit ;
- de choisir ce qui est de nature à renforcer l'unité et la continuité du juridique, plutôt que ce qui la détruit.

La tendance profonde du droit à l'unité, que confirme notamment le rôle dévolu aux Cours suprêmes et Cours de cassation rend hautement souhaitable, chaque fois qu'aucun motif important ne s'y oppose pas, de suivre le modèle tracé par les décisions antérieures plutôt que d'en créer un nouveau.

A la différence de la doctrine, l'action du juge dans le jugement de l'espèce qui lui est soumis, relevant de l'exercice d'un pouvoir, relève aussi d'une *politique* : il sait que sa tache première n'est pas d'enrichir le droit mais de régler les conflits, le plus efficacement possible. Il sait que d'autres que lui ont été et sont attachés à la même tâche ; il sait aussi que demain son oeuvre pourra, s'il échet, constituer un paradigme auquel d'autres que lui pourront se référer.

Enfin, avant que de constituer le matériau possible d'une jurisprudence, son apport à la connaissance du droit *aura subi l'épreuve du feu* que constitue le débat contradictoire, la confrontation du droit au fait qui en est l'enjeu et l'acte de pouvoir qui y fait suite (à quoi s'ajoute encore le délibéré, l'intervention du ministère public, ou le concours d'un auditorat, le cas échéant), scénario qui a pu se répéter plusieurs fois s'il a été fait usage du recours en appel et en cassation.

C'est d'abord cela, c'est-à-dire une opération à hauts risques, que représente l'élaboration d'une norme jurisprudentielle. Et c'est sans doute de cela que procède son autorité et sa vocation à la reconnaissance.

c) Avantages et inconvénients d'une régulation par la jurisprudence

La consécration du rôle du précédent dans un système de droit déterminé fait partie intégrante de ce système et s'explique le plus souvent par l'Histoire. Elle est à la fois la source et le produit d'une culture juridique spécifique. A ce titre, il n'est question que de l'observer, toute appréciation normative paraissant vaine, sinon incongrue.

Si nonobstant cela, je crois utile de mettre l'accent sur l'un ou l'autre *"avantage"* ou *"inconvénient"* du recours au précédent, comparé à d'autres modes de régulation, c'est en donnant à ces termes une valeur toute relative et en les appliquant aux réalités observées avec le seul souci de mieux discerner les enjeux dont elles sont porteuses.

1. ***L'avantage*** le plus évident qui s'attache à une régulation juridique par la valorisation du précédent est, bien entendu, d'accroître la prévisibilité des décisions de justice et, partant, la sécurité juridique.

Vient ensuite la circonstance que la règle s'élabore au contact des faits, sous leur expression la plus concrète, ce qui est une garantie de sa pertinence et de son réalisme. Rappelons à ce propos la manière dont les auteurs du projet du livre préliminaire du Code civil français dit *"Projet de l'an VIII"* définissaient l'acte d'interprétation de la loi, tenu par eux pour un acte consistant *"à saisir le véritable sens d'une loi dans son application à un cas particulier"* (Titre V, art. 2).

Comme l'exprime en termes excellents, le Professeur V. Petev, *"Expliciter le sens d'une norme juridique afin de l'appliquer signifie identifier et qualifier une partie de la réalité sociale institutionnalisée où le droit manifeste sa fonction régulatrice et se présente sous sa forme réelle - les rapports socio-juridiques concrets"* (48).

(48) Rapport sur "La jurisprudence et la philosophie du droit" (Thèses), n° 11.

On peut voir aussi, dans l'unité de la jurisprudence découlant de l'autorité du précédent, une manière pour le pouvoir judiciaire d'affirmer sa cohésion face au pouvoir législatif et au gouvernement, et de contribuer ainsi à l'équilibre des pouvoirs.

2. Au chapitre des ***inconvénients*** il faut inscrire d'entrée de jeu la crainte, mainte fois exprimée dans les pays de droit légaliste, d'un *"gouvernement des juges"*. Voici donc que ce qui était tenu pour un avantage, il y a un instant, est présenté ici, déjà, comme un handicap. Tout ne dépend-il pas, finalement, de la réalité sociale que l'on a en face de soi et de la tradition juridique à laquelle on est attaché ?

Plus sûre est sans doute l'observation que l'on peut faire au sujet de ce que j'appellerai ici -à tort peut-être- le risque d'un *certain déficit démocratique* du côté des systèmes qui valorisent le précédent; il tient à l'absence du débat ouvert aux représentants élus de la nation, qui constitue la première et la plus essentielle des conditions d'élaboration de la loi écrite. Les règlements eux-mêmes en bénéficient dans la mesure où le travail du gouvernement s'effectue sous le contrôle du parlement (49).

A cela, on objectera peut-être que le juge, lui aussi, ne prend sa décision qu'à la suite d'un débat. Mais ce débat est limité à ceux qui sont partie prenante dans le litige soumis au juge et à celles qui sont admises à y intervenir. Ce qui exclut les *tiers intéressés* dont l'intervention n'aurait d'autre but que d'éviter la constitution d'une jurisprudence qui serait contraire à leurs intérêts (50).

Il y a encore le caractère aléatoire de la production jurisprudentielle et les déficiences graves que nous avons relevées en ce qui concerne la publication des décisions, à quoi le Professeur J. Héron ajoute le caractère rétroactif de la règle jurisprudentielle qui contribue, comme il l'explique, à l'infériorité technique de ce type de norme (51).

Il y a, enfin, les réserves exprimées par le Professeur J.-P. Rooney concernant la manière superficielle dont, concrètement, la jurisprudence est parfois invoquée, défaut que les progrès de l'informatique risquent probablement d'aggraver (52).

Deux arrêts récents du Conseil d'État de France, prononcés le 9 avril 1993 dans l'affaire dite du "sang contaminé" me paraissent illustrer d'une façon remarquable la problématique de l'élaboration de la règle jurisprudentielle. Selon les premiers commentaires publiés à ce propos, ces arrêts auraient innové en évoquant les fondements d'un nouveau principe de responsabilité -le principe de précaution- explicité comme suit par le commissaire du gouvernement : *"En situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue, provisoirement, pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée"*.

On ne manquera pas d'être sensible à la réflexion de Franck Nouch à ce propos : *"En définitive, le problème est de savoir si de tels débats de société -l'indemnisation de l'aléa thérapeutique en est un essentiel- doivent être réglés, même en filigrane, par le Conseil d'État ou faire l'objet, comme l'avait réclamé Bernard Kouchner, alors ministre de la santé, d'une discussion entre élus de la Nation"* (53).

Ce n'est pas seulement au nom d'une certaine éthique politique que le glissement vers la jurisprudence d'un certain nombre de questions relevant de la loi

(49) Voy. à ce propos, le rapport du Professeur H. Scholler sur "La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence".
(50) Voy. e. a. H. Solus et R. Perrot, "Droit judiciaire privé", tome I, Sirey, 1961, n° 229.
(51) Rapport intitulé "L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle".
(52) "The Methods by judges utilize legal principles announced in past cases".
(53) "Le Monde", édition du 12 avril 1993.

devrait être évité. Il convient également de tenir compte de l'insuffisance, voire de l'absence de moyens à la disposition du juge pour prendre la mesure des réalités socio-économiques qui peuvent être impliquées dans la décision *"de jurisprudence"*. Toute innovation législative est normalement précédée d'une analyse permettant, selon les cas, d'en apprécier l'incidence dans le domaine de la macro- et de la micro-économie, de la fiscalité, de la sécurité publique ou encore de l'assurance, de la santé, de l'éducation, etc... Une disposition similaire, adoptée par la voie jurisprudentielle, faute de bénéficier d'une telle étude préalable, pourrait pour cette raison, engendrer des effets non voulus et finalement manquer son but.

VII - CONCLUSION

Ma conclusion consistera en un bref retour à la méthodologie.

Non qu'on l'ait -délibérément ou non- quittée ; c'est elle qui a sous-tendu toutes nos recherches, toutes nos analyses.

Mais celles-ci ont été, comme il se devait, riches d'apports d'origines diverses dont il y a lieu, peut-être, de dire maintenant quelques mots du bénéfice que la méthodologie pourra en retirer.

Le refus du dogmatisme juridique, qui est la première caractéristique de la démarche méthodologique, a incontestablement marqué, du début jusqu'à la fin, les travaux de ce Congrès ; à la différence d'autres réunions scientifiques consacrées à des problèmes juridiques plus concrets, celle-ci s'est déclarée d'entrée de jeu ouverte à la diversité des systèmes, des points de vue et des expériences.

A l'intérieur d'un sujet très vaste, nos travaux se sont efforcés de privilégier les connaissances utiles à une meilleure maîtrise de *l'activité juridique* entendue comme l'action (la technique) ayant pour objet, d'une part, de fixer le contenu des règles de droit et, d'autre part, de les appliquer ; autrement dit, les deux grands objets de la méthodologie juridique (54). Or voici qu'au terme de nos travaux, la jurisprudence nous apparaît comme le lieu où ces deux fonctions se recouvrent et s'alimentent à une même source.

Dans les deux cas, la méthode suivie apparaît empreinte d'un certain empirisme. Sans doute la fonction du juge bénéficie-t-elle d'un encadrement juridique de qualité à travers le Code judiciaire. Mais, ce qui se passe au coeur même de la décision judiciaire échappe à toute tentative de modélisation. La chose est particulièrement visible pour ce qui regarde l'exercice de la fonction jurisprudentielle, si curieusement dépendante, notamment, des hasards de l'édition juridique.

--*-*

L'un des profits de notre analyse a été de nous faire voir ce qui se cache derrière *l'apparente solitude du juge*. Relié, par la jurisprudence, à ceux qui le précèdent, et à ceux qui le suivent, capable de reconnaître dans une décision d'un collègue la règle qui peut ou doit permettre de résoudre le problème qui lui est soumis, il est aussi celui qui, dans la rédaction de sa propre décision, fait apparaître clairement, ou au contraire occulte, la règle passible d'applications ultérieures à d'autres cas.

Il ne s'agit ici que d'un exemple. Bien d'autres indications nous ont en effet été données sur le travail du juge, qu'il s'agisse des possibilités de l'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence, des conditions formelles de

(54) Voy. J.-L. Bergel, "Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique", Droit prospectif, 1990, p. 707 et s., spéc. p. 709.

réalisation d'un revirement jurisprudentiel, ou des stratégies visant à doter, a priori, certaines décisions de caractéristiques propres à assurer leur avenir jurisprudentiel, ou encore des changements que pourrait apporter l'informatique aux modes traditionnels de gestion de l'information judiciaire.

De tous ces matériaux accumulés, le présent rapport n'a pu donner qu'une certaine idée. Le souhait que l'on voudrait exprimer, en terminant, est que les travaux qui s'achèvent ici puissent constituer le point de départ de nouvelles investigations et d'une réflexion renouvelée sur la manière dont les juges sont à l'oeuvre dans la construction de notre droit.

TABLES GÉNÉRALES

DE L'ANNÉE 1993

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

- Guillaume CHAMPY, Le contrat d'abonnement au service téléphonique ou le miroir aux alouettes (de la privatisation des relations de France Télecom avec ses usagers) 13
- Jean-Claude ACQUAVIVA, L'évolution du statut particulier de la Corse..... 61
- André ORAISON, Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées)..... 97
- Jean-François NIORT, Formes et limites du positivisme juridique..... 157
- Olivier PLAYOUST, Normativité et légitimité du droit..... 193
- Jean-Jacques LAVENUE, L'Islam et les Constitutions algériennes..... 229
- Sami KALLEL, La législation tunisienne en matière de réception des programmes de télévision par satellites..... 239
- Olivier LALIGANT, Indications théoriques et pratiques en introduction à un cours et des travaux dirigés de Droit Civil de 1ère année..... 257
- Frank FARNEL, Le lobbying : un management en constante évolution..... 273
- Raymond TRÉMOLIÈRES, Formulation mathématique de textes juridiques.. 283
- Alain BOYER, Territoire d'outre mer : des ministres nommés sous contrôle du juge administratif
  Note sous Conseil d'État du 15 janvier 1992..... 291
- Lakhdar BOUMAZA, Le contentieux de la procédure d'expulsion en urgence absolue
  Note sous Tribunal administratif d'Orléans du 4 février 1992..... 301
- Jérôme LEJEUNE, Le généticien face à la bioéthique..... 337
- Marc FOLLANA-MASSOT et Bérengère LASSALLE, Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil..... 349
- Anne ENSMINGER, Saisir le vif : contours et couleurs croqués par le droit de la route..... 379
- Xavier AGOSTINELLI, Société et cautionnement..... 439
- Geneviève KOUBI, Le droit à la différence, un droit à l'indifférence..... 451
- Maurice-Pierre ROY, Madagascar, La Constitution de la troisième République du 19 août 1992..... 465
- Didier JEAN-PIERRE et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Le principe de l'égalité des armes..... 489
- Patrice COLLAS, Souveraineté des États et entreprises supranationales..... 511
- Éric GASPARINI, La greffe d'une institution italienne : le Podestat dans les statuts communaux corses (XIIème-XVème siècles)..... 531
- Solange SEGALA, Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité..... 551
- Norbert ROULAND, Le pluralisme juridique en anthropologie..... 567
- Jacques VENDERLINDEN, Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique..... 573
- Alain SÉRIAUX, Pluralisme juridique et droit naturel..... 585
- François RIGAUX, La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international..... 591

- Alain BISSONNETTE, La redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada à l'aide d'une étude de cas 603
- Gérard SOULIER, Droits des minorités et pluralisme juridique 625
- Jean MALAURIE, Quelques réflexions méthodologiques 639
- Alain BOYER, Le contrôle de la mise en œuvre de la convention fiscale État-territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances Note sous CE. Ass. 19 avril 1991 Faure, Rec. 145 645
- Jean-François POLI, L'éternelle jeunesse de la notion d'acte de gouvernement Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 23 septembre 1992, "Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et mouvement contre le racisme pour l'amitié entre les peuples (MRAP) 665
- Charles DEBBASCH, Où va l'Éducation ? 703
- Guillaume BACOT, Les monarchiens et la Constitution anglaise 709
- Paul DUBOUCHET, Pour une théorie normative de l'institution 739
- Hans-Peter Schwintowski, Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites 757
- Albrecht WEBER, La révision constitutionnelle en Allemagne après l'unification allemande et le Traité de Maastricht 777
- Joseph PINI, Les "décisions administratives de droit privé" Contribution à l'étude de la notion d'acte administratif 793
- Jean-François POLI, La protection des biens culturels meubles par le droit communautaire 847
- Claude GUEYDAN, La coopération européenne en matière de lutte contre le terrorisme 883
- Caroline SILVESTRE, Le principe du contradictoire en procédure pénale 913
- Itsuyo TAKISAWA, Notion d'inopposabilité dans la publicité foncière. Réflexions sur le fondement du système français 933
- Jean-Louis BEAUFORT, La nullité d'une cession de valeurs mobilières réalisée en violation de l'article premier de la loi du 22 janvier 1988 - Mythe juridique ou réalité ? 959
- Marc COTTINI, La détermination de la valeur vénale des fonds de commerce par la méthode comparative directe : La jurisprudence rigoureuse de la Chambre commerciale de la Cour de cassation 977
- Guillaume CHAMPY, La nature frauduleuse de l'accès à un système de traitement automatisé de données 991
- Isabelle FREIJ-DALLOZ, La responsabilité en cas de paiement de chèques faux ou falsifiés 1003
- Éric GASPARINI, Un réformateur méconnu des finances publiques au XVIIIème siècle : le Marquis d'Argenson 1025
- Jean-Louis BERGEL, Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques 1055
- Jacques FRÉMONT, La formalisation de l'évolution de la jurisprudence 1065
- Patrick GLENN, Sur l'impossibilité d'un principe de stare decisis 1073
- Jacques HÉRON, L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle 1083
- Constantin M. STAMATIS, La concrétisation pragmatique des normes juridiques 1091
- Nikolaos INTZESSILOGLOU, L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel : un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés Européennes 1103
- Olivier De SCHUTTER, Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques 1127
- Heinrich SCHOLLER, La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence 1163

- Alain DELCAMP, Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français 1173
- Françoise LEURQUIN-DE-VISSCHER, Histoire d'un revirement. À propos de la responsabilité de l'État du fait des magistrats 1197
- John P. ROONEY, The methods by which judges utilize legal principles announced in past cases 1209
- P. John KOZYRIS, The lack of justiciability as a problem in recognizing positive social and economic rights 1215
- Giovanna VISINTINI, Rôle et nature de la jurisprudence. Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence 1219
- Tomasz GIZBERT-STUDNICKI et Zygmunt ZIEMBINSKI, Rôle de la jurisprudence dans la transformation du système juridique polonais contemporain 1225
- Dirk BISCHOFF, Current methodological tendencies in German Court Decision-Making 1231
- Marc EKELMANS, Le rôle de la jurisprudence dans la promotion des droits de la défense dans la matière des conflits de juridiction : l'exemple de l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles 1235
- Henri SIMONART, La jurisprudence constitutionnelle en Belgique 1243
- Philippe PEDROT, Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée 1255
- Valentin PETEV, Jurisprudence et philosophie du droit 1265
- Marie-Anne FRISON-ROCHE, L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence 1271
- Régine BEAUTHIER, Jurisprudence et histoire du droit. Considérations limitées et quelque peu impressionnistes en histoire du droit belge et français 1279
- Paul ORIANNE, Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique 1295

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES
(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX PAGES)

Acte administratif, 551, 773
Acte de gouvernement, 665
Administration communale, 531
ALGÉRIE, 229
ALLEMAGNE, 777
ANGLETERRE, 709
Anthropologie, 565, 573, 585, 591, 603, 625, 639
Banquier, 1003
BELGIQUE, 1243
Biens culturels, 947
Bioéthique, 337
Bourse des valeurs, 959
CANADA, 603
Cautionnement, 439
C.E.E., 883
Chèque, 1003
Circulaires, 665
Circulation routière, 379
Commissions de spécialistes, 283
Compétence, 793
Conseil constitutionnel, 489, 511, 739
Conseil d'État, 551, 645, 665
Conseil de l'Europe, 882
Contrat, 13
Contrat d'entreprise, 13
CORSE, 61, 531
CÔTE D'IVOIRE, 1003
Cour européenne des droits de l'homme, 489
D'ARGENSON, 1025
Doctrine, 97
Droit administratif, 793
Droit civil, 257
Droit communautaire, 847, 883
Droit constitutionnel, 229, 465, 709, 739, 777
Droits de l'homme, 451, 489
Droits de mutation, 977
Droit fiscal, 977
Droit international privé, 591
Droit international public, 97, 511, 591
Droit naturel, 585
Droit pénal international, 883
Droit pénal spécial, 991
Économie, 757
Éducation, 703
État, 511
Étrangers, 300
Expulsion, 300
Finances publiques, 1025
Fiscalité, 1025
Fonds de commerce 977
France-Télécom, 13
Fraude informatique, 991
Génétique, 357, 349
Histoire, 531, 551, 1025
Informatique, 99
Inopposabilité, 933
Islam, 229
Jurisprudence, 1055 et s.
Lettres d'intendtion, 439
Libre circulation des marchandises, 847
Lobbying, 273
MADAGASCAR, 465
Management, 273
Mathématiques, 283
Médecine, 349
Méthodologie, 257, 639
Ministres, 291
Minorités, 603, 625
Monarchie, 709
Nullité, 959
Organisations internationales, 512
Personnes, 349
Philosophie du droit, 157, 192, 739
Pluralisme juridique, 566
Podestat, 531
POLOGNE,
Procédure pénale, 489, 513
Procréation assistée, 1255
Publicité foncière, 933
Responsabilité, 1003
SAINT JOHN PERSE, 327
Sociétés, 439
Sociologie juridique, 379
Système de traitement de données, 991
Téléphone, 13
Télévision, 239
Territoires d'outre-mer, 291, 645
Terrorisme, 883
Théorie générale du droit, 157, 192, 739, 787
Traité de Maastricht, 777
Travaux dirigés, 257
TUNISIE, 239
Universités, 283
Valeurs mobilières, 959
Valeur vénale, 977

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

ACQUAVIVA Jean-Claude, 61
AGOSTINELLI Xavier, 439
BACOT Guillaume, 709
BEAUFORT Jean-Louis, 959
BEAUTHIER Régine, 1279
BERGEL Jean-Louis, 1053
BISCHOFF Dirk, 1231
BISSONNETTE Alain, 603
BOUMAZA Lakhdar, 301
BOYER Alain, 291 ; 645
CHAMPY Guillaume, 13 ; 991
COLLAS Pierre, 511
COTTINI Marc, 977
DEBBASCH Charles, 703
DELCAMP Alain, 1173
DUBOUCHET Paul, 739
EKELMANS Marc, 1231
ENSMINGER Anne, 379
FARNEL Frank, 273
FOLLANA-MASSOT, 349
FREIZ-DALLOZ Isabelle, 1003
FRÉMONT Jacques, 1065
FRISON-ROCHE Marie-Anne, 1271
GASPARINI Éric, 531 ; 1025
GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, 1225
GLENN Patrick, 1073
GUEYDAN Claude, 883
INTZESSILOGLOU Nikolaos, 1103
JEAN-PIERRE Didier, 489
KALLEL Sami, 239
KOUBI Geneviève, 451
KOZYRIS John P., 1215
LALIGANT Olivier, 257
LASSALLE Bérengère, 349
LAVENUE Jean-Jacques, 229
LEJEUNE Jérôle, 337
LEURQUIN-DE-VISSCHER Françoise, 1197
MALAURIE Jean, 639
MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, 489
NIORT Jean-François, 157
ORAISON André, 97
ORIANNE Paul, 1295
PEDROT Philippe, 1255
PETEV Valentin, 1265
PINI Joseph, 793
PLAYOUST Olivier, 193
POLI Jean-François, 665 ; 847
PUTMAN Emmanuel, 327
RIGAUX François, 591
ROONEY John P., 1209
ROULAND Norbert, 567
ROY Maurice-Pierre, 465
SCHOLLER Heinrich, 1163
SCHUTTER De Olivier, 1127
SCHWINTOWSKI Hans-Peter, 757
TASEGALA Solange, 551
SÉRIAUX Alain, 585
SILVESTRE Caroline, 913
SIMONART Henri, 1243
SOULIER Gérard, 625
STAMATIS Constantin M., 1091
KISAWA Itsuyo, 933
TRÉMOLIÈRES Raymond, 283
VENDERLINDEN Jacques, 573
VISINTINI Giovanna, 1219
WEBER Albrecht, 777
ZIEMBINSKI Zygmunt, 1225

BULLETIN D'ABONNEMENT à la REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

- DROIT PROSPECTIF

1994

CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

ABONNEMENT : 1 NUMÉRO PAR AN

PRIX : 110 FF

Demande à adresser aux

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)
Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

NOM et Prénom.....

Adresse (complète).....

.....

.....

Souscrit uniquement à un Abonnement à la **Revue de la Recherche Juridique - Cahiers de Méthodologie Juridique** pour l'année 1994
au tarif de .....FF.

Signature

Réglement :

- Chèque bancaire à l'ordre de
"M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille"
- C.C.P.- n° 940415 E Marseille

Association Internationale de Méthodologie Juridique

International Association of Legal Methodology

3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)
Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

BULLETIN D'INSCRIPTION
Application form

NOM de famille (Family name - surname).....

Prénom usuel (First name).....

Profession (Occupation).....

Nationalité (Nationality).....

Adresse postale (Mailing adress).....

.....

.....

Code postal (Postal code)..... Pays (Country).....

Numéro de téléphone (Telephone number).....

Règlement de la cotisation (Payment of the subscription)

Montant annuel Yearly amount	personnes physiques natural persons	150 FF (or the equivalent in local currency)
	personnes morales artificial persons	500 FF (or the equivalent in local currency)
Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs First fees for the benefactor members		1.000 FF (or the equivalent in local currency)

Palement par chèque bancaire
Payment by cheque

par chèque postal
by postal order

par virement bancaire
by bank draft

A renvoyer au : Siège de l'Association ou au Vice-Président de l'Association dans votre pays.
Please send back the form with the payment to : The Vice-Prsident of the Association in your own country or to the President of the Association, at the associations' adress.

BULLETIN D'ABONNEMENT
à la
REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
- 1994 -

ABONNEMENT : 4 NUMÉROS PAR AN

FRANCE : 400 FF **ÉTRANGER : 450 F**

Demande à adresser aux :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)
Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

Nom et Prénom .....

Adresse (complète) .....

.....

.....

Souscrit à un ABONNEMENT à la **Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif** pour l'année 1994 (du 1/1/1994 au 31/12/1994)
au tarif de ..... FF.

Signature

Règlement :
- Chèque bancaire à l'ordre de
"M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille"
- C.C.P. n° 9404 15 E Marseille

Ier CONGRÈS DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT

(24-26 NOV. 1994, ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
3 TER, QUAI AUX FLEURS, 75001 PARIS)

Lors de son 1er Congrès, l'AFAD abordera avec les données et les ressources d'une démarche caractérisée par le pluralisme juridique et une lecture interculturelle des processus de régulation, le thème :

Le juge : approches anthropologiques d'une figure d'autorité.

Cette rencontre sera l'occasion d'apprécier l'apport original de l'Anthropologie juridique à la problématique de l'altérité et son souci de toujours ramener les phénomènes observés aux logiques qui les fondent.

L'organisation du congrès combinera deux types d'interventions et discussions ayant un objet commun mais des méthodes spécifiques.

La première partie (24 - matinée du 25 novembre), qui constituera également la 4ème rencontre franco-allemande des anthropologues du droit, sera descriptive et privilégiera l'étude des données de terrain, quel que soit ce terrain.

Le thème en sera : **Le juge dans la diversité des cultures juridiques** et l'enjeu, la possibilité de dégager des figures d'autorité liées à des logiques propres au juge coutumier, au qadi, au magistrat, etc... éventuellement par opposition à l'arbitre et au médiateur.

La deuxième partie (après-midi du 25-26 novembre) sera à la fois un prolongement et un élargissement des travaux précédents. Elle accueillera les réflexions des spécialistes des sciences sociales aussi bien que celles des magistrats et des juristes, autour du thème : **Le juge comme figure d'autorité.** Il s'agira de comprendre d'où le juge tire son autorité et ce qu'il en fait en termes de fonctions et de légitimité, dans nos sociétés contemporaines, au Nord comme au Sud.

Pour en savoir plus

- sur l'AFAD : Professeur N. Rouland, président de l'AFAD,
  Domaine des Vences, 13122 VENTABREN - France
- sur le colloque : Faculté Jean Monnet, Professeur C. Bontems,
  Centre de formation permanente
  54, Boulevard Desgranges, 92330 SCEAUX - France

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1994

I.S.S.N 0249 - 8731

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE : M'hamed EL HATIMI.

- Jean-Louis BERGEL, *« Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques ».*

PRÉSENTATION DE LA JURISPRUDENCE

- Jacques FRÉMONT, *« La formalisation de l'évolution de la jurisprudence ».*

- Patrick GLENN, *« Sur l'impossibilité d'un principe de stare decisis ».*

- Jacques HÉRON, *« L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle ».*

- Constantin M. STAMATIS, *« La concrétisation pragmatique des normes juridiques ».*

- Nikolaos INTZESSILOGLOU, *« L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel : un cas d'action du sous-système judiciaire des C.E. ».*

- Olivier de SCHUTTER, *« Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques ».*

- Heinrich SCHOLLER, *« La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence ».*

- Alain DELCAMP, *« Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français ».*

- Fr. LEURQUIN-DE-VISSCHER, *« Histoire d'un revirement. À propos de la responsabilité de l'État du fait des magistrats ».*

LA JURISPRUDENCE ET LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES

- John P. ROONEY, *« The methods by which judges utilize legal principles announced in past cases ».*

- P. John KOZYRIS, *« The lack of justiciability as a problem in recognizing positive social and economic rights ».*

- Giovanna VISINTINI, *« Rôle et nature de la jurisprudence ».* Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence.

- Tomasz GIZBERT-STUDNICKI et Zygmunt ZIEMBINSKI, *« Rôle de la jurisprudence dans la transformation du système juridique polonais contemporain ».*

- Dirk BISCHOFF, *« Current methodological tendencies in German Court Decision-Making ».*

- Marc EKELMANS, *« Le rôle de la jurisprudence dans la promotion des droits de la défense dans la matière des conflits de juridiction : l'exemple de l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles ».*

ANALYSE INTERDISCIPLINAIRE DE LA JURISPRUDENCE

- Henri SIMONART, *« La jurisprudence constitutionnelle en Belgique ».*

- Philippe PEDROT, *« Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée ».*

- Valentin PETEV, *« Jurisprudence et philosophie du droit ».*

- Marie-Anne FRISON-ROCHE, *« L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence ».*

- Régine BEAUTHIER, *« Jurisprudence et histoire du droit ».* Considérations limitées et quelque peu impressionnistes en histoire du droit belge et français.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

- Paul ORIANNE, *« Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique - Rapport de synthèse ».*

Aix - Imprimerie PAUL ROUBAUD - G